

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE
L'OFFICE MINISTÉRIEL

AU POINT DE VUE
DU RÉGIME MATRIMONIAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le lundi 7 mars 1921, à 3 h. 1/2 du soir

PAR

Gaston FABRE

Président : M. PIÉDELIÈVRE, Professeur

Suffragants { *MM. CAPITANT, Professeur*
HÉMARD, Professeur

PARIS

JOUVÉ ET C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine, 15

—
1921

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE
L'OFFICE MINISTÉRIEL

AU POINT DE VUE
DU RÉGIME MATRIMONIAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le lundi 7 mars 1921, à 3 h. 1/2 du soir

PAR

Gaston FABRE



Président : M. PIÉDELIÈVRE, Professeur

Suffragants { *MM. CAPITANT, Professeur*
HÉMARD, Professeur

PARIS
JOUVE ET C^{IE}, ÉDITEURS

15, Rue Racine, 15

—
1921

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

La question du sort de l'Office ministériel sous les divers régimes ne se poserait pas si l'office était seulement une fonction publique. L'Etat charge l'officier d'une mission d'intérêt général, qu'il exerce personnellement, et pour l'accomplissement de laquelle il est investi d'un monopole. Si donc cet officier était un simple fonctionnaire, ses appointements entreraient en communauté et contribueraient aux charges du ménage ; quant au titre lui-même, il est de toute évidence que la femme, ou les héritiers de celle-ci, en sont exclus.

Mais une définition de l'office ministériel qui ne tiendrait compte que de la fonction publique serait insuffisante. Une étude ressemble à un fonds de commerce ou d'industrie, au moins en ceci que la rémunération du titulaire, au lieu d'être constituée par des appointements fixes, consiste en des produits qui varient d'une part avec l'habileté professionnelle de l'officier, d'autre part avec les circonstances plus ou moins favorables. Il n'est pas douteux

que ces produits tombent dans la communauté et, sous les autres régimes, contribuent aux charges de la société conjugale.

Ce n'est pas tout. La comparaison de l'office avec un fonds de commerce doit être poussée plus loin. L'un et l'autre offrent une valeur économique, intrinsèque et globale, qui est plus ou moins grande suivant l'importance des produits. Le commerçant cède son fonds moyennant un prix qu'il fixe librement en accord avec l'acquéreur. L'officier ministériel se démet de sa fonction et présente son successeur à l'agrément du chef de l'Etat, cela moyennant finance; on dit qu'il cède sa charge; et nous pensons, anticipant ici dans la démonstration que nous fournirons plus tard, que le mot de « cession » est rigoureusement exact; toutefois la cession d'un office ne s'opère pas aussi librement que celle d'une maison de commerce. Sous peine d'effacer la notion même de fonction publique, il faut admettre l'intervention de la puissance publique.

Dans notre ancienne France, les offices étaient vénaux; les officiers les achetaient au roi et les revendaient; la fixation de leur prix était gouvernée par la seule loi de l'offre et de la demande et n'était point laissée à l'appréciation du prince. La Révolution supprima la vénalité des charges (1).

1. Voir Louis Lucas, *Etude sur la vénalité des charges et fonctions publiques et sur celle des offices ministériels*; thèse Paris, 1882.

L'article 91 de la loi du 28 avril 1816 ne l'a pas rétablie. Ce texte a pourvu du droit de présentation un certain nombre d'officiers limitativement énumérés : avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, notaires, avoués, greffiers, huissiers, agents de change, courtiers, commissaires-priseurs. Le droit de présentation consiste en ce qu'un officier a le droit de désigner son successeur à l'agrément du chef de l'Etat et de stipuler, comme prix de sa retraite et de sa désignation, une somme proportionnée à l'importance de l'office. Le gouvernement a, sur ce prix de cession, un droit de contrôle et, le cas échéant, de réduction. L'office n'est plus vénal, en ce sens que le titulaire n'en dispose et ne le cède que sous la double réserve de la nomination du successeur par l'Etat et du contrôle du prix de transmission par la Chancellerie. Mais il n'en est pas moins vrai que l'office représente une valeur pécuniaire plus ou moins importante.

Sur cette valeur, la femme de l'officier ministériel a-t-elle des droits et quels sont-ils ?

Ecartée de la fonction, l'épouse ne peut prétendre aucun droit dans la gestion de la charge. Mais a-t-elle une part dans la somme que demande son mari pour se démettre et désigner son successeur à l'agrément du gouvernement ? Cette somme représente la valeur même de l'office. Bien plus. Si le mari a pu

se faire pourvoir de l'office et acquérir la charge à l'aide de capitaux appartenant à sa femme, ne doit-on pas dire que celle-ci est propriétaire de la valeur économique de cette charge ?

Tel est le problème que nous nous proposons de résoudre. Son importance théorique n'est pas moindre que son intérêt pratique. Car il s'agit de savoir quelle est la nature juridique de l'office envisagé sous son aspect économique. Si la valeur monnayable de la charge est un bien susceptible d'un droit de propriété ordinaire, il suffira de lui appliquer les règles qui gouvernent les rapports pécuniaires entre époux. Si, au contraire, la valeur dont il s'agit doit échapper aux classifications ordinaires des biens et participer en quelque sorte à la personnalité de la fonction elle-même, l'épouse, et les héritiers de celle-ci, ne vont plus avoir sur elle aucun droit, ou, tout au moins, leur droit se bornera à exiger la restitution des deniers que la femme aurait prêtés au mari en vue de l'acquisition de la charge.

La détermination de la nature juridique de l'office, considéré dans ses éléments matériels et économiques, est donc la question centrale de toute notre étude. On ne nous reprochera pas de l'avoir approfondie. Ce point primordial établi, nous en rechercherons les conséquences d'abord sous le régime de la communauté, puis sous les autres régimes.

DE
L'OFFICE MINISTÉRIEL
AU POINT DE VUE
DU RÉGIME MATRIMONIAL

CHAPITRE PREMIER

Nature juridique de l'office ministériel

L'office ministériel se présente sous un double aspect et offre deux éléments qu'il importe de distinguer :

1° Un élément personnel, qui est la fonction publique elle-même ;

2° Un élément patrimonial, qui est la valeur économique ou vénale de la charge.

Il est hors de doute que la fonction est étroitement attachée à la personne du titulaire. Elle est intransmissible par la convention ; seul le chef de l'Etat peut en investir un candidat. La femme en est exclue par les lois actuelles.

Mais la valeur économique de la charge apparaît

comme susceptible d'occuper une place dans le patrimoine du titulaire. C'est à son sujet que se pose la question de la nature juridique de l'office. La difficulté vient des rapports qui existent entre l'attribution de la fonction, et la formation de cette valeur vénale. Ces rapports s'opposent-ils à ce que cette valeur puisse être classée dans l'une des catégories légales des biens ? M. Capitant (1) traitant des droits du patrimoine, expression générale sous laquelle on range les droits réels et les droits de créance qui « se caractérisent par cette idée qu'ils représentent une valeur pécuniaire et ont pour nous un intérêt appréciable en argent », observe qu'il est d'usage de considérer cette division comme générale et de comprendre tous les droits patrimoniaux sous l'un ou l'autre de ces termes. « Pourtant, dit-il, il y a des droits qui doivent logiquement former une catégorie à part. Ce sont les droits des auteurs et inventeurs sur leurs œuvres et inventions, le *droit du titulaire d'un office ministériel*, le droit au nom, dans la mesure où il peut présenter un intérêt appréciable en argent. On les désigne ordinairement sous le nom de *propriétés incorporelles*, mais c'est un véritable abus de langage. Ils ressemblent à la propriété en ce qu'ils sont absolus, mais le nom, l'idée, l'invention ne sont pas des choses susceptibles d'un droit de propriété, pas plus que la

1. *Introduction à l'étude du droit civil*, 2^e éd., p. 85 et 86.

personne elle-même dont elles ne sont que des émanations. De même pour l'office ministériel qui est une fonction publique ; le titulaire d'un office ministériel n'a que le droit de choisir son successeur et de le présenter à l'agrément du gouvernement. Donc, ce sont bien des droits d'une nature spéciale qui ne sont ni droits réels ni droits de créance. »

M. Capitant (1) trouve d'ailleurs « rationnelle et presque nécessaire » la division des biens en meubles et immeubles ; mais il ajoute cette importante observation : « Cependant on a proposé de ramener cette classification des biens à la portée qu'elle avait en droit romain, et de laisser en dehors d'elle les choses incorporelles pour les considérer comme une troisième espèce de biens. Il n'y a, en effet, aucune raison d'appliquer les mêmes règles aux meubles corporels et aux valeurs incorporelles, car ce sont des biens de nature très différente qui doivent être soumis à un régime distinct. »

Le savant professeur, dans les lignes qui précèdent, n'a pas examiné spécialement la question que nous traitons ici. C'est bien uniquement le droit de l'officier sur la fonction qu'il semble envisager. C'est ce droit, s'exprimant par la faculté de choisir son successeur et de le présenter à l'agrément du chef de l'Etat, qu'il range dans la catégorie de ceux qui se

1. *Lo c. cit.*, . 216.

rattachent étroitement à la personne et qui ne sont ni droits réels ni droits de créance.

Mais, à côté du droit sur la fonction, il y a le droit sur la valeur vénale. L'analyse révèle clairement ces deux aspects, logiquement et juridiquement distincts, de l'office. C'est en effet une prérogative absolument personnelle que celle d'exercer une fonction publique et de présenter au gouvernement un successeur. Cette prérogative ne rentre pas plus dans la notion de propriété et dans la classification des meubles et des immeubles que, par exemple, la faculté de se marier. Elle ne constitue pas un bien.

Mais il en va autrement de la finance. La profession d'officier ministériel, comme toutes celles qui ne comportent pas une rémunération fixe sous forme d'appointements ou de salaires, présente une valeur économique susceptible d'augmentation ou de diminution et transmissible d'un officier à un autre. Un cabinet d'agent de change ou de courtier maritime est, abstraction faite de la fonction, tout à fait semblable à une maison de commerce. Les autres offices, bien que se distinguant du commerce par la nature des services rendus, s'en rapprochent à de nombreux autres égards. Le trait commun de tout établissement commercial ou industriel et de tout office ministériel, c'est qu'ils représentent une valeur soumise à des fluctuations et pouvant être cédée. La différence, c'est que l'office est géré par un fonctionnaire public.

Dès lors la question est de savoir si la fonction absorbe la finance de telle sorte que le droit de l'officier sur la valeur vénale de son étude soit lui-même strictement personnel et incommunicable ; ou bien si, au contraire, il convient de séparer juridiquement la fonction de la valeur économique, de telle sorte que la première soit absolument personnelle et la seconde assimilée à une propriété mobilière ordinaire.

Quelques auteurs se sont prononcés dans le premier sens. Appliquant à notre matière la notion assez confuse du droit de la personnalité, ils ont soutenu que le droit de l'officier sur la valeur économique de sa charge avait le même caractère personnel que la fonction elle-même. Nous aurons d'abord à exposer et à critiquer ces systèmes.

Mais, une jurisprudence constante, approuvée par la presque unanimité des auteurs, regarde le droit en question de l'officier comme un véritable droit de propriété mobilière. Nous nous attacherons à démontrer le bien-fondé de cette solution.

SECTION PREMIÈRE

Systèmes considérant comme absolument personnel le droit de l'officier sur la valeur vénale de la charge.

Ces théories procèdent de cette idée que la valeur d'un office, dépendant de la valeur professionnelle

de son titulaire, est liée d'une façon si étroite à la fonction elle-même qu'elle participe de la personnalité de cette dernière et doit demeurer propre à l'officier.

Les auteurs dont nous allons examiner les systèmes ont parfois invoqué l'autorité de Loyseau qui fut un spécialiste de la matière des offices.

Le jurisconsulte se demande si l'office entre dans la communauté et dans le douaire et il déclare cette question scabreuse et difficile à cause de la nature mixte, à la fois mobilière et immobilière, qu'il attribue aux offices suivant les points de vue. Il se prononce en définitive pour la négative et considère l'office comme propre au mari en vertu des considérations suivantes :

« L'office n'est proprement ny meuble, ny immeuble : non seulement à cause qu'il est incorporel (car les debtes et les rentes bien qu'incorporelles ne laissent d'entrer en communauté et en douaire) mais pour ce que sa condition est d'estre non une vraie substance, qui puisse par effet subsister à part soi, mais plutost un accident et qualité inhérente à la personne : comme le jurisconsulte a reconnu en la loi § *si quid minori D. de minoribus*. Puis donc qu'il est uny et conjoint à la personne de l'officier, il ne peut estre communiqué à autre, et principalement à la femme, qui par la loy en est incapable. L. Gœminœ. D. *de regulis juris* (1). »

1. Loyseau, *Du droit des offices*, livre 3 ; *Des offices vénaux*,

Le même jurisconsulte ajoute un peu plus loin : « quelle équité y aurait-il qu'il entrast en la communauté et qu'après dissolution les héritiers d'une femme voulussent oster au mary la moitié de son estat ? Bref qu'un homme, pour s'estre marié, perdit la moitié de l'office qu'il avait auparavant ? Car qu'y a-t-il de plus propre à un homme que son office ? Qu'y a-t-il de moins communicable à la femme ? »

On a voulu voir dans ce passage (1) un germe des théories modernes qui appliquent au droit de l'officier la conception du droit de la personnalité. Loyseau paraît bien, en effet, ne pas envisager seulement la fonction, au sujet de laquelle la question de la mise en communauté ne peut pas se poser, mais aussi la valeur vénale de l'office. Et il semble considérer que l'office, même pour sa finance, est inhérent à la personne du titulaire de telle manière qu'il est incommunicable à une personne quelconque, fût-ce à l'épouse de l'officier.

Il n'en est pas moins vrai que l'explication de Loyseau est assez vague, qu'elle se borne à peu près à des affirmations, et que sa solution, dictée par des motifs d'équité, n'est pas fondée en droit. Mais l'idée va se préciser à l'époque moderne dans les systèmes

chapitre 9 ; *Du droit de la femme en l'office vénale du mary*, p. 290.

1. Voir notamment la théorie de Bauduin, qui sera exposée plus loin.

de MM. Labbé, Saleilles et Bauduin, que nous allons analyser.

Après avoir séparé les deux aspects de l'office ministériel, la fonction et la finance, M. Labbé (1) fait ressortir que cette dernière est « un principe d'émolumentation, au capital productif, qui croît ou décroît selon le plus ou moins de succès de l'officier auprès du public ». « Dans les offices à clientèle, dit-il, il est plus avantageux de succéder à tel qu'à tel autre officier. Cet avantage provient du talent et du travail du prédécesseur, qui a réuni ou fixé autour de lui une nombreuse clientèle, et de la chance que cette clientèle reste fidèle à l'étude où sont les dossiers. Il est juste que l'officier ministériel soit récompensé de cet avantage pécuniaire qui dérive de ses qualités professionnelles et dont un autre aura le profit ».

Analysant la nature du droit de présentation, autrement dit l'office envisagé sous sa face économique, l'auteur pense que l'expression propriété des offices ne doit pas être prise au pied de la lettre. « Cette propriété, écrit-il, doit-elle être abaissée sous les règles du droit commun en matière de propriété mobilière ou immobilière ? Nous ne le croyons pas. C'est la propriété du talent et de l'honorabilité qui forment comme une tradition attachée à l'office et dont le successeur profite. » De ce point de vue,

1. Note au Sirey, 1881. I. 49, sous Cassation, 6 janvier 1880.

M. Labbé critique l'arrêt de la Cour de cassation, que nous retrouverons au cours de notre étude, et qui considère le droit de présentation comme un droit de propriété mobilière entrant dans la composition de la communauté. L'auteur regarde au contraire ce droit comme échappant à la définition de la propriété et à la classification générale des biens en meubles et en immeubles. Sa pensée s'exprime en pleine lumière dans le passage suivant : « L'office renferme-t-il un capital mobilier ? Ce capital entrera-t-il dans l'actif de communauté ? Non, car ce capital, quel qu'il soit, n'est pas susceptible de former un apport social. D'ailleurs qu'est-ce que ce capital ? Quelle est la source des émoluments à gagner ? Les dossiers ? Ils sont en dépôt chez l'officier public ; ils ne lui appartiennent pas. La confiance des clients ? Ce n'est pas un objet de commerce. Cette confiance variable est le résultat du zèle et de l'intelligence du titulaire, ce qu'il y a au monde de plus inséparable de la personne ou de la fonction. »

En conséquence, lorsqu'un officier cède son office, c'est-à-dire s'engage, moyennant finance, à se démettre de ses fonctions, et à présenter son successeur à l'agrément du gouvernement, que devient le prix de cession ? Ce prix, répond M. Labbé, étant corrélatif aux engagements pris par le titulaire « proportionné au talent, à la réputation, à l'honorabilité qu'attestent le nombre des dossiers réunis et

le chiffre des émoluments antérieurement perçus par l'officier démissionnaire, est une *valeur propre* sur laquelle il doit acquitter les récompenses dues à la communauté, de même qu'il doit rembourser tous ses bailleurs de fonds, ou prêteurs de deniers. Le reste est un produit de son activité, un gain dont il ne doit pas compte aux héritiers de son conjoint prédécédé».

Ainsi donc le droit de présentation d'un officier ministériel est une valeur croissant ou décroissant en fonction de l'activité, de l'intelligence et de l'honorabilité de celui-ci. L'élément moral et personnel de ce droit prédomine largement sur l'élément pécuniaire. Un semblable droit, d'après M. Labbé, ne rentre pas dans la division des biens en meubles et en immeubles, laquelle est inapplicable aux biens incorporels ; il ne peut donc être question de sa mise en communauté. L'office est exclu totalement de cette dernière.

L'idée de M. Labbé relativement à la nature de l'office ministériel a été reprise par M. Saleilles (1). Cet éminent jurisconsulte part de la même conception, à savoir que la valeur d'une charge provient de la valeur professionnelle de son titulaire, et que, par suite le droit de présentation constitue un droit de la personnalité échappant aux règles qui gouver-

1. Note au Sirey, 1900. 2. 121 sous l'arrêt Lecoq contre Cinquin du 1^{er} février 1900.

nent ordinairement les biens de communauté. M. Saleilles a formulé cette solution à propos d'une question analogue, relative au droit d'auteur. La Cour de Paris, par arrêt du 1^{er} février 1900, avait considéré la propriété littéraire et artistique comme insusceptible de rentrer dans le patrimoine commun et comme devant demeurer propre à l'époux auteur (1). Cette décision fut cassée par la Cour suprême le 28 juillet 1902. Elle n'en fut pas moins approuvée par M. Saleilles, qui n'hésita pas au surplus à l'étendre à l'office ministériel.

« Tant que l'homme vit, dit-il, sa capacité de travail, son aptitude professionnelle lui demeurent rigoureusement propres. La valeur de l'office n'est, en très grande partie, autre chose que la valeur professionnelle elle-même du titulaire. Evaluer l'office, c'est se livrer à une appréciation des qualités les plus personnelles de l'individu. « Aux mains du titulaire, le droit sur l'office représente une garantie d'avenir, la sécurité et la dignité de la vie par l'exercice de ses facultés intellectuelles. C'est à ce point de vue qu'il est choquant d'imposer au mari, lors de la dissolution, une option par où on l'oblige à choisir entre l'exercice de sa profession ou l'abandon de l'office à la communauté. »

1. Ce système reçut aussi l'approbation de M. Ambroise Colin dans une note sous l'arrêt de cassation du 28 juillet 1902. Dalloz, 1903. I. 1.

M. Saleilles regarde donc le droit sur l'office comme rigoureusement personnel à son titulaire et tel que le régime matrimonial ne saurait changer son caractère. Cependant son système ne va pas, ainsi que celui de M. Labbé, jusqu'à exclure totalement l'office de la communauté ; il admet une distinction basée sur le caractère mixte, à la fois pécuniaire et personnel du droit de l'officier.

« Nous admettons sans doute, dit M. Saleilles, l'exclusion totale de la communauté, lorsqu'elle est exigée par la nécessité même des intérêts personnels auxquels il s'agit de pourvoir, comme c'est le cas de l'assurance sur la vie. Mais lorsqu'il s'agit d'intérêts qui n'exigent qu'une exclusion partielle et qu'une dérogation partielle aux règles générales de la mise en communauté, pourquoi donc admettre encore une exclusion totale ? Le principe de la loi, tel qu'il dérive de l'article 1437, n'exige l'admission de la qualité de propre que dans la mesure où il s'agit de donner satisfaction aux intérêts séparés des époux, et dans la mesure où un droit se trouve correspondre à cette idée d'un intérêt distinct ; si donc il y a, sous ce rapport, des droits à caractère mixte, cette même complexité de nature doit se refléter dans la situation juridique qui sera faite à la communauté par rapport à ces droits eux-mêmes. Ceci posé en principe, en quoi l'intérêt personnel des époux, et nous entendons

cela d'un intérêt se rattachant aux manifestations de sa personnalité et à l'exercice de sa liberté, en tant qu'il correspond à un droit absolu et intangible, s'oppose-t-il à ce que la valeur d'un office ministériel, une fois réalisée par celui qui en était le titulaire, tombe pour le tout en communauté, au lieu de se restreindre à la récompense de ce que la communauté avait fourni pour l'acquisition de l'office ? Non seulement il n'y a aucun intérêt d'activité productrice à ménager ou à respecter, de liberté de travail à garantir, qui exige cette dérogation aux principes ; mais il est dans le vœu de la loi, en matière de communauté, qu'il en soit ainsi, et que tout ce qui est création du travail individuel, dès que cette création s'incarne en un produit indépendant de l'activité créatrice, de laquelle il émane, profite aux deux époux. Mais ce que la loi ne veut pas, c'est que, tant qu'un intérêt de liberté individuelle, tant qu'une question d'indépendance personnelle et de droit au travail est en cause, la communauté puisse faire valoir ses droits. Elle ne veut pas, par exemple, si le titulaire de l'office vit encore à la dissolution de la communauté, que l'autre conjoint, ou s'il est prédécédé, ses héritiers puissent exiger le partage d'un fond de rendement qui est encore en pleine activité productrice de la part de celui qui l'a créé ; il y a en pareil cas prédominance, sur la valeur économique du droit, d'un intérêt personnel indépendant, cons-

tituant un intérêt séparé, un droit réservé, lequel exige que le droit de la communauté s'efface devant le droit propre de l'époux. »

Pratiquement, la distinction de M. Saleilles se traduit de la manière suivante : Si le mari se démet de son office, ou si la communauté se dissout par sa mort, le droit sur l'office cesse d'être une prérogative de la personnalité et ne constitue plus qu'une simple valeur pécuniaire qui peut figurer dans la masse à partager. Si, au contraire, la communauté se dissout par le divorce ou par la mort de l'épouse, la valeur de l'office continue à faire partie des prérogatives personnelles de l'officier et ne peut être traitée comme un bien de communauté. Aussi longtemps que le mari, titulaire de l'office, vit et exerce, le droit lui demeure personnel.

Telles se présentent les théories de Labbé et de Saleilles, la première absolue, la seconde plus souple et plus nuancée. Elles n'ont eu aucun succès dans la jurisprudence qui, ainsi que nous le verrons, a toujours considéré que le droit de présentation présente le caractère d'un véritable droit de propriété immobilière, susceptible à ce titre d'entrer dans la composition active de la communauté.

Les systèmes en question ont été également repoussés par la presque unanimité de la doctrine. Ils dormiraient du sommeil où sont plongées tant de constructions ingénieuses et inappliquées, si, plus

récemment, un auteur n'était venu, dans sa thèse de doctorat, leur donner un regain d'intérêt logique.

Jamais, avant M. Bauduin, on n'avait tenté de faire jouer d'une manière aussi absolue et aussi hardie, en matière d'office ministériel, la notion du droit de la personnalité. Cet auteur en arrive à confondre, sous l'empire de cette idée, la fonction avec la valeur vénale de l'office. Et il soutient que celle-ci est aussi personnelle et incommunicable que celle-là. Voici l'argumentation qui le conduit à une telle conclusion (1) :

« Le droit de la personnalité, dit-il, peut être défini le droit qu'un individu possède sur les productions de son esprit à quelque domaine que celles-ci appartiennent, qu'il s'agisse de productions artistiques, littéraires, industrielles, commerciales ou sociales. L'objet du droit de la personnalité, c'est une émanation, une création de la pensée humaine, le fruit même de l'intelligence, de l'activité. Si l'on veut, en effet, classer les droits d'après leur objet, on ne tarde pas à s'apercevoir qu'à côté des choses matérielles et extérieures à lui, sur lesquelles l'homme peut avoir des droits réels, il existe une catégorie de biens qu'on a appelés des biens immatériels et qui comprennent toutes les productions de l'esprit, dans le sens le plus large. Or, logiquement, on ne peut

1. Bauduin, *De l'office ministériel considéré au point de vue des rapports pécuniaires entre époux*. Thèse Paris, 1911, p. 147.

assimiler une chose matérielle et une production intellectuelle. On s'est donc aperçu de la nécessité de mettre au jour, pour les créations de l'intelligence, une espèce nouvelle de droits, à laquelle on a donné le nom de droits intellectuels ou de droits de la personnalité.

« La théorie a pris naissance en Allemagne et s'est répandue en Belgique et en France : l'application la plus caractéristique en a été faite en matière de propriété littéraire et artistique (1). Mais elle est encore assez imprécise, et c'est la principale raison pour laquelle la question par nous posée au sujet de l'office ministériel apparaît comme si délicate.

« Que faut-il exactement entendre par une production intellectuelle ? On peut aisément donner à cette expression une large signification. D'autre part, on ne saurait nier que la valeur d'un office dépend souvent et dans une mesure considérable, du talent, des qualités mentales, morales et professionnelles de son titulaire, et l'idée n'est pas neuve, nous la trouvons exprimée dans cette phrase prononcée par

1. M. Bauduin cite ici les principaux auteurs qui ont essayé de construire la théorie des droits de la personnalité : Kohler, *Das autorrecht et die idee des geistigen Eigenthums*, dans *Archiv für civilistische Praxis*, t. 82, p. 141. — Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. 1, p. 85. — Edmond Picard, *Journal de droit international privé*, 1883, p. 565. — Pouillet, *Traité des Brevets d'invention*, p. 15, note 1. — Saleilles, note au Sirey 1900.2. 121. — Perreau, *Les droits de la personnalité*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 501 à 536. — Bérard, *Du caractère personnel de certains droits*. Thèse Paris, 1892.

M. Guillaume à l'Assemblée Constituante : « L'office ministériel est entre les mains du titulaire un champ qu'il cultive et qu'il fertilise journellement (1). Dans cette mesure on peut dire, en toute vérité, que la valeur de l'office a été créée par l'officier, qu'elle est une émanation de sa personnalité, qu'il a seul fourni le grain nécessaire à l'ensemencement et l'engrais de son cerveau capable de fortifier la plante. »

M. Bauduin propose donc d'appliquer à l'office ministériel, envisagé sous son aspect économique, la notion du droit de la personnalité qu'on a fait jouer jusqu'ici en matière de propriété littéraire et artistique.

L'auteur se refuse à séparer complètement la fonction de la valeur que l'office est susceptible de procurer à son titulaire, de telle sorte que la première soit absolument personnelle et que la seconde soit considérée comme une propriété ordinaire, comme un bien mobilier pouvant à ce titre entrer dans la communauté conjugale. Il soutient que l'incommunicabilité de la fonction entraîne l'incommunicabilité de la charge envisagée sous son rapport économique. Il fonde cette solution sur cette idée que le principal facteur du succès d'un office est le travail, la capacité professionnelle, la perspicacité, l'honorabilité de son titulaire, la clientèle devant être d'autant plus nombreuse qu'elle peut davantage puiser à

1. *Moniteur*, 22 décembre 1790.

la science de l'officier, compter sur son cerveau pour créer la solution juste. L'indemnité que tire l'officier de sa démission étant donc en raison directe de ses aptitudes professionnelles, dans la conception de M. Bauduin, celui-ci repousse toute assimilation de la valeur d'un office, c'est-à-dire du droit de présentation, à la propriété des biens mobiliers qu'a eue en vue le législateur lorsqu'il a réglementé les rapports pécuniaires des époux.

Nous n'avons pas à faire ici une étude d'ensemble de la théorie des droits de la personnalité. Qu'il nous suffise de dire que c'est l'imprécision même de cette théorie qui vicie la conception de M. Bauduin.

D'abord il y a des offices dont la valeur est indépendante de l'activité personnelle du titulaire. Un greffier n'est l'intermédiaire ni le mandataire de personne ; il est l'agent du tribunal auquel il est attaché ; il n'a pas d'autre clientèle que, pour ainsi dire, celle du tribunal, et il n'a aucune crainte de la perdre puisque son ministère est obligatoire pour tous les plaideurs.

De plus la valeur d'un office en général ne dépend pas uniquement des qualités professionnelles de son titulaire ; elle se trouve liée aussi dans une large mesure aux circonstances parmi lesquelles nous mentionnerons seulement l'augmentation naturelle de la valeur des offices par suite de l'accroissement de la valeur des propriétés et du nombre croissant

des candidats aspirant aux fonctions. Il ne faut pas négliger non plus les accroissements de clientèle que l'officier doit aux bons offices de ses amis ou de sa femme. M. Bauduin souligne lui-même le rôle que peut jouer en cet ordre d'idées l'épouse de l'officier. « Si la femme a contribué à augmenter la valeur de l'office, dit-il (1), n'est-il pas juste que cette valeur tombe en communauté afin qu'elle ou ses héritiers en profitent ? »

A la prospérité d'une étude on voit donc que divers facteurs concourent : circonstances étrangères à toute volonté individuelle ; activité des amis, des correspondants ou de la femme, qui procurent à l'officier des relations utiles ; activité personnelle et capacité de l'officier lui-même.

On ne peut affirmer *a priori* que le travail et l'intelligence d'un officier est toujours l'élément le plus important de la prospérité de la charge. Les facteurs que nous avons indiqués se combinent dans des proportions variables. Il peut arriver que le succès soit dû beaucoup plus aux circonstances et aux bonnes volontés de l'entourage qu'à la capacité de l'officier.

Cette considération suffirait à elle seule à faire rejeter de notre matière la conception du droit de la personnalité.

Mais il y a lieu de se placer encore à un autre

1. *Op. cit.*, p. 152.

point de vue. La théorie des droits de la personnalité est si vague qu'on ne sait exactement où commencent et où finissent les droits dont il s'agit. Nous voyons bien l'application qui en peut être faite en matière de créations littéraires et artistiques ou d'inventions. Mais si l'on sort de ce domaine, et si l'on s'attache aux rapports incontestables et parfois très étroits qui existent entre la personne et la valeur économique d'une entreprise ou d'une production quelconques, on sera conduit à élargir démesurément la notion en question.

Si l'on attribue comme objet au droit de la personnalité toute création de l'intelligence et de l'activité humaines, il va être possible de faire rentrer un grand nombre de droits dans cette nouvelle catégorie. La valeur d'un fond de commerce dépend de l'habileté, de la connaissance des affaires, du courage de celui qui l'exploite. Le droit du commerçant sur son fonds sera-t-il donc personnel, incommunicable, et devra-il demeurer en dehors de la communauté ? Logiquement, la conception du droit de la personnalité tend à exclure de la communauté conjugale les entreprises commerciales et industrielles, c'est-à-dire la plupart des entreprises humaines, et à rayer de nos institutions le régime de la communauté pour le remplacer par celui de la séparation de biens.

L'argument est d'autant plus fort que certains officiers ministériels, les agents de change et les

courtiers maritimes, sont en même temps commerçants. Les premiers jouissent d'un privilège d'entremise dans la négociation des valeurs, les seconds d'un privilège pour le courtage des affrètements maritimes.

Or, leur médiation, qui est l'exercice même de leur fonction, constitue un fait essentiellement commercial. Le commerce et l'office s'identifient et reçoivent des mêmes actes leur valeur économique. Il est impossible d'admettre le droit de la personnalité pour l'office considéré en lui-même et de le rejeter pour l'office envisagé comme fonds de commerce.

M. Bauduin ne se dissimule pas la gravité de cette objection. Il cherche néanmoins à y répondre en faisant ressortir les différences qui séparent le fonds de commerce de l'office ministériel. Sans doute il reconnaît que la valeur de l'un et de l'autre résulte en grande partie du travail et de l'intelligence de l'homme ; mais il fait remarquer que les objets auxquels s'appliquent cette intelligence et ce travail sont loin d'être semblables, et que, surtout, l'office ministériel se sépare nettement du fonds de commerce par son caractère de fonction publique.

La qualité d'officier émane de la puissance publique ; elle est hors du commerce et essentiellement incommunicable, tandis que la qualité de commerçant est dans le commerce et communicable par l'effet même de la convention.

« Partant donc, dit M. Bauduin, du principe de l'incommunicabilité de l'office, fonction publique, nous raisonnons de la manière suivante : la qualité de l'officier ministériel est essentiellement personnelle, elle ne peut s'acquérir ni se transmettre par contrat. N'est-il pas logique de décider que la valeur de l'office, qui se trouve en rapport étroit avec la personne et avec la qualité de l'officier, soit également incommunicable ? Au contraire, la qualité de commerçant s'acquiert et se transmet par le seul effet de la convention, à plus forte raison, la valeur que représente un fonds de commerce doit-elle se céder de la même façon. Pour l'officier, l'incommunicabilité de son titre entraîne celle du droit de présentation, c'est-à-dire celle de disposer de la valeur économique de l'office (1).

Ce raisonnement ne nous paraît en aucune manière convaincant. De ce que la fonction est absolument personnelle, il ne résulte pas que la valeur vénale de l'office le soit également. M. Bauduin se contente d'affirmer une prétendue conséquence logique, mais il n'apporte pas le moindre commencement de preuve. Il suppose simplement ce qu'il veut démontrer.

En réalité, la fonction est une chose, la valeur économique de l'office en est une autre. Le droit de l'officier sur cette valeur n'est pas différent du droit

1. Bauduin, *op. cit.*, p. 165.

du commerçant sur son fonds. Ici et là le travail, l'intelligence, la capacité professionnelle et l'honorabilité sont un facteur important, et parfois prépondérant, de réussite. L'activité de l'officier n'est pas plus personnelle que celle du commerçant. La nature des services rendus n'offre à notre point de vue qu'une importance tout à fait secondaire, puisque c'est la relation de l'activité professionnelle avec la plus ou moins grande prospérité d'une entreprise qui est prise en considération ; au surplus certains officiers ministériels, tels que les agents de change, font profession d'actes de commerce, tandis que certains commerçants (agents de publicité, par exemple) accomplissent des actes très différents des achats-reventes.

En définitive, la valeur économique d'un office est, comme la valeur d'un fonds de commerce, une valeur patrimoniale que nous ne voyons aucune raison de soustraire à la classification ordinaire des biens.

La fonction publique, absolument personnelle, doit être séparée de la valeur vénale qui, de même que toute propriété mobilière, peut entrer dans la copropriété conjugale.

SECTION II

Le droit de l'officier sur la valeur vénale de sa charge est un droit de propriété mobilière

Il résulte des développements précédents que la personnalité de la fonction n'entraîne nullement la personnalité du droit de l'officier sur la valeur vénale de l'office ; que cette valeur économique, c'est-à-dire pratiquement la somme demandée par un officier ministériel comme conditions de sa démission et de la présentation qu'il fera constitue une valeur patrimoniale, un *bien* au sens juridique du mot.

Ce bien est-il susceptible de propriété privée ? Oui, sauf les tempéraments et les restrictions qui résultent de l'intervention nécessaire de la puissance publique.

L'article 544 du Code civil dit que la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses : en réalité, le droit de propriété n'est pas absolu ; aucun droit ne saurait être absolu dans une société juridiquement organisée où le droit de chacun s'arrête où commence le droit des autres ; le droit de propriété est limité par les lois et règlements édictés en vue de l'ordre public.

Ainsi apparaît le droit de l'officier sur la valeur de son office ; de ce que ce droit soit limité par les

lois et règlements qui organisent la profession de l'officier, on ne saurait en déduire qu'il n'est pas un véritable droit de propriété.

Notre conception est celle de la jurisprudence et de la presque unanimité des auteurs. Elle est également conforme à la tradition.

Pothier distinguait nettement le titre et la finance de l'office vénal, laquelle seule est dans le commerce.

« Observez que l'on considère deux choses dans ces offices : 1^o le droit d'exercer une certaine fonction publique, que l'office donne à la personne qui y est reçue ; 2^o la finance attachée à l'office. Le droit d'exercer la fonction publique n'est pas ce qui est dans le commerce et sur quoi tombe la question ; la finance de l'office consiste dans une somme d'argent qui a été payée au Roi pour les besoins de l'Etat, lors de la création de l'office et dont il a été expédié, par le garde du Trésor Royal, une quittance qu'on appelle quittance de finance d'office (1) ».

« A cette finance, ajoutait Pothier, est attaché le droit de celui qui l'a payée ou qui est à ses droits de se présenter (ou une autre personne en sa place) au Roi, pour être pourvu de l'office. Le Roi n'est pas néanmoins astreint à accorder des provisions à la personne qui lui est présentée ; il peut les refuser

1. Pothier, *Traité de la puissance du mari, de la communauté*, p. 90, n^o 91.

sans être tenu de dire la cause de son refus, sauf au *propriétaire* à présenter une autre personne. »

Pothier n'hésitait donc pas à qualifier de propriété le droit du titulaire sur la finance.

Ailleurs (1) le même jurisconsulte se pose cette question :

« Un office vénal peut-il être dû à une femme ? »
Et il répond : « Oui, car, quoiqu'elle soit incapable du titre de l'office, elle n'est pas incapable d'avoir le droit de financé ; et c'est cette finance, plutôt que le titre qui est dans le commerce, et qui est l'objet de l'obligation ».

Sous l'empire de la législation existante, le droit de l'officier sur la valeur vénale de son office nous apparaît comme un véritable droit de propriété, limité dans l'intérêt de l'ordre public par les règles d'organisation de la profession.

En d'autres termes, le droit de présentation met en présence non seulement le titulaire et son successeur, mais l'État qui a le droit de nomination et le droit de contrôle sur les conditions du traité. Cette intervention ne modifie pas la nature fondamentale du droit en question ni les relations juridiques essentielles du cédant et du cessionnaire.

Ce sont là de simples conséquences de la distinction entre la fonction publique et la valeur éco-

1. Pothier, *Traité des obligations*, 1^{re} partie, chapitre I, section 4, § 2, n° 135.

nomique de l'office. Le droit de présentation se transmet et s'acquiert ainsi que toute propriété et en vertu de l'article 711, « par succession, par donation entre vifs ou testamentaire et par l'effet des obligations ». Sans doute c'est le Chef de l'Etat qui confère la fonction publique ; il peut refuser son agrément au candidat présenté, sauf au titulaire à en présenter un autre. Sans doute encore le gouvernement exerce un droit de contrôle sur le prix de cession. Mais sous ces restrictions, on peut dire que la valeur économique de l'office est l'objet d'une véritable vente, qu'elle constitue une propriété transmissible par la convention.

Le contrat de cession d'office subit des restrictions que ne connaissent pas les contrats de vente ordinaires, l'officier et son successeur ne fixent pas librement, ainsi qu'un vendeur et un acheteur ordinaires, le prix de la transmission. Un office ne se vend pas comme un fonds de terre ou une maison de commerce, il ne se vend que sous le contrôle de la Chancellerie, sous la condition de l'agrément du chef de l'Etat. Mais, à part ces restrictions établies dans l'intérêt général, l'office se vend réellement. Et la pratique ne met pas en doute l'existence, au profit du vendeur de l'office, du privilège du vendeur de meuble.

Si les offices ne peuvent en principe être mis en société, cela ne vient pas d'une prétendue incompatibilité d'ordre logique ou juridique, qui existerait

entre la notion de l'office envisagé dans ses éléments matériels et celle de propriété. La preuve en est que la loi du 2 juillet 1862 a permis l'association en vue de l'exploitation des charges d'agents de change et du partage de leurs produits (1). La vérité est qu'il serait contraire à l'ordre public, à la dignité et à l'indépendance des officiers ministériels d'autoriser l'immixtion d'un tiers dans la gestion d'une étude. Si les particuliers n'avaient en face d'eux que des sociétés, il ne pourrait s'établir entre eux et l'officier ministériel de leur choix les relations de confiance désirables. Telle est du moins la considération grâce à laquelle il est possible de justifier la prohibition dont il s'agit. C'est une idée d'ordre public, solidaire de celle de fonction publique. Cette idée n'empêche point la possibilité théorique (qui seule nous intéresse ici dans cette analyse de la nature juridique de l'office) de la gestion en société d'un office quelconque.

Une observation de même ordre doit être faite en ce qui concerne l'insaisissabilité des offices (2). Leur saisie aboutirait à une vente aux enchères, et celle-ci aurait pour résultat d'imposer en quelque sorte à l'Etat un candidat, c'est-à-dire de lui enlever son droit de nomination et de contrôle.

1. Cette loi exige d'ailleurs que le titulaire soit propriétaire en son nom personnel du quart au moins représentant le prix de l'office et le montant du cautionnement.

2. Amiens, 24 avril 1845. Dalloz 45.2.108 et Dalloz. *Répertoire*, v° offices, n° 390.

L'impossibilité de la saisie résulte ici d'une préoccupation d'ordre public, nullement de la nature juridique de l'office considéré dans ses éléments économiques. Il existe un assez grand nombre de propriétés insaisissables. Aussi bien notre ancien droit admettait-il la saisie des offices en conséquence de leur vénalité absolue.

L'insaisissabilité des offices s'oppose à ce que les créanciers puissent exercer le droit de présentation au lieu et place des héritiers du titulaire décédé, lorsque ceux-ci négligent d'en faire usage dans les termes du paragraphe 2 de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816. Les créanciers, en effet, ne pourraient agir que par l'action oblique de l'article 1166 du Code civil. Or, comme l'a dit la Cour de cassation, la faculté de présentation a un caractère personnel ; « il répugne à sa nature de pouvoir se détacher de l'office, dont elle est une dépendance, pour être déléguée ou transmise à des tiers ; elle ne constitue pas un droit cessible que l'action des créanciers puisse atteindre au moyen d'une *saisie*, d'une délégation, d'une subrogation, ou par toute autre voie, et qu'il leur soit permis d'exercer au lieu et place de leur débiteur, ou de céder à d'autres ; elle appartient au titulaire ou à ceux qui, le représentant après sa mort, s'en trouvent saisis à ce titre et la peuvent exercer de leur propre chef, comme une concession de la puissance publique et à raison de l'intérêt moral et

pécuniaire. qu'ils ont à assurer la transmission de l'office en faveur du candidat qui réponde à la confiance que la loi a placée en eux seulement, et non en des créanciers qui n'auraient à pourvoir qu'à un intérêt purement pécuniaire (1).

Cette solution résulte de la loi de 1816 (article 91) qui réserve le droit de présentation aux titulaires et à leurs héritiers ou ayants cause ; dans l'intérêt de l'ordre public, le législateur a voulu que ce droit échappe au gage des créanciers ; en ce sens il rentre dans la catégorie des droits exclusivement attachés à la personne du débiteur que les créanciers ne peuvent exercer, par application de l'article 1166, à la place de leur débiteur. Lorsque les héritiers sont négligents et ne présentent pas de successeur, l'Etat se substitue à eux et procède à une présentation d'office.

L'inapplication de l'article 1166 à cette hypothèse ne signifie en aucune manière, on le voit, que le droit de l'officier sur la valeur de son étude soit un droit de la personnalité ; le droit de présentation est personnel seulement en ce sens qu'il est soustrait, pour des raisons d'ordre public, au gage des créanciers. Cela n'empêche pas que le droit de l'officier soit un droit véritable de propriété. « Attendu, dit l'arrêt précité de la Cour de Cassation, que cette disposition (l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816) modifie,

1. Cassation 23 mai 1844, Dalloz 1855.1.171.

mais sans l'abroger, le principe constitutionnel de la loi abolitive de la vénalité des charges ; qu'elle doit par conséquent se restreindre dans des termes rigoureux, et ne saurait s'étendre dans un esprit de retour à un ordre de choses incompatible avec le nouveau droit public ; qu'elle implique sans doute *une idée de propriété*, mais de propriété d'une nature exceptionnelle et soumise à des règles qui en circonscrivent et limitent l'exercice. »

C'est notre solution même qu'énonce la Cour suprême. Le droit de l'officier sur la valeur vénale de sa charge présente les caractères d'une vraie propriété dont l'exercice est limité par les textes réglementaires de la profession en vue du bon ordre public.

Enfin l'ordre public exige que l'Etat possède un droit de destitution de l'officier ministériel.

Dès lors ne se trouve-t-on pas en présence d'une propriété précaire, alors que la propriété est d'ordinaire irrévocable en ce sens qu'il ne peut dépendre de la volonté d'un autre que le propriétaire, de la faire cesser malgré ce propriétaire ? Cette objection est facile à réfuter. La propriété, en général, n'offre un caractère de perpétuité que dans certaines limites. Notamment elle peut être l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique. Or c'est la considération des intérêts généraux qui explique et justifie la destitution d'un officier aussi bien que l'ex-

propriation. Sans doute il existe entre l'une et l'autre des différences certaines. La destitution est une pénalité ; l'expropriation n'en est pas une. L'expropriation ne peut avoir lieu que moyennant une juste et préalable indemnité. La destitution ne comporte pas nécessairement une indemnité au profit de l'officier destitué ou de ses héritiers (1) ; ce n'est que par une mesure gracieuse que le gouvernement impose au titulaire, qu'il nomme directement, le versement d'une indemnité. D'ailleurs l'indemnité payée par le nouveau titulaire n'est pas, d'après la jurisprudence (2), le prix d'une cession et ne représente pas la valeur économique de l'office, d'où il découle que l'ancien titulaire n'a aucun privilège à faire valoir sur cette somme comme vendeur. L'indemnité allouée aux officiers destitués n'est pas fixée sur les mêmes bases que les indemnités d'expropriation.

Mais ces différences ne détruisent pas la valeur de l'observation que nous avons faite plus haut à savoir que nulle propriété n'est absolument perpétuelle par sa nature. La menace de destitution qui, en cas de faute, pèse sur l'officier ministériel n'empêche pas que celui-ci ait sur la valeur de son étude un vrai droit de propriété, de même que la menace d'expropriation n'empêche pas un propriétaire quelconque

1. Planiol, t. I, n° 2541.

2. Cassation, 13 février 1849. D. 49.1.40 ; Cassation, 26 mars 1849. D. 49. 1. 83 ; Cassation, 23 avril 1849. D. 49.1.102.

d'être véritablement propriétaire. Aucun argument sérieux ne peut donc être tiré, contre notre conception de la nature du droit de l'officier, de la prétendue précarité de ce droit.

La confiscation, elle aussi, est une pénalité ; nul ne prétendra cependant, que l'individu auquel elle est appliquée n'ait pas été propriétaire des objets confisqués par autorité de justice ?

En somme, l'officier est propriétaire de son office envisagé dans sa valeur économique. Cette propriété est limitée dans le temps par l'éventualité de la destitution. Elle est aussi limitée dans son exercice. Mais toute propriété subit des limitations dans l'intérêt général. Les particularités que présentent les restrictions de la propriété de l'officier viennent de l'idée de fonction publique et de l'intervention indispensable de l'Etat.

Cette propriété est-elle mobilière ou immobilière ?

Cette question avait été très controversée dans notre ancien droit. L'hésitation provenait de ce que la nature mobilière ou immobilière des biens se déterminait, non d'après des éléments purement physiques, mais d'après l'importance patrimoniale des choses.

Au début du xvii^e siècle, la jurisprudence ne rangeait pas d'une manière absolue les offices dans l'une ou dans l'autre des deux classes. C'est pour-

quoi Loyseau (1), les considérait comme meubles par nature et comme immeubles eu égard à leur importance et aux garanties dont ils devaient être entourés. « Car, disait-il, quand il échet quelque rencontre où il faut principalement considérer leur valeur et importance, on les répute immeubles, comme au décret, et selon aucuns en succession ; mais quand cette considération cesse, on revient volontiers à s'accommoder à leur plus grande aptitude et les tenir pour meubles comme en l'hypothèque et la distribution des deniers du décret d'iceux. »

Cette manière de voir cessa dans la seconde moitié du xvii^e siècle. A cette époque la jurisprudence évolue et finit par déclarer les offices immeubles. Cette nouvelle solution fut définitivement consacrée par l'Edit de février 1683. Pothier atteste cette évolution dans les termes suivants : « Il semblerait que les offices vénaux, ne consistant que dans la finance qui y est attachée, qui est quelque chose de mobilier, devraient être réputés meubles. Néanmoins les offices ayant fait une partie considérable de la fortune des particuliers, la jurisprudence s'est introduite de les réputer immeubles ; elle ne s'est introduite que par degrés, les offices n'ayant été réputés immeubles

1. *Du droit des offices*. Livre 3, chapitre 5, p. 252.

d'abord que quant à certains effets, ensuite quant à d'autres. Aujourd'hui ils ne diffèrent plus des autres immeubles (1). »

Le Code civil a été inspiré, dans la classification des choses, par d'autres idées que celles qui avaient guidé nos vieux jurisconsultes et notre ancienne jurisprudence. La solution historique que nous venons de rappeler a donc disparu en 1804.

Quelles que soient les critiques que puisse mériter la division générale de tous les biens en meubles et en immeubles, un bien quelconque ne saurait échapper à cette classification écrite dans le Code civil.

Le droit de l'officier sur la valeur de son office étant un droit de propriété, et toute propriété étant mobilière ou immobilière, le droit de l'officier de présenter son successeur moyennant finance étant d'autre part une propriété incorporelle, exclusive de la qualité d'immeuble, est certainement un meuble.

Le caractère de propriété mobilière qui, nous venons de le montrer, doit être reconnu à l'officier sur la valeur vénale de sa charge, entraîne des conséquences intéressantes au point de vue des rapports pécuniaires entre époux.

Le prix de cession de l'office doit tomber en com-

1. Pothier, *Traité des personnes et des choses*, t. 9, p. 99.

munauté. En effet, l'office n'ayant pas été classé par la loi au nombre des immeubles ne peut être qu'un meuble. Dès lors, si un officier se marie sans contrat l'office entre en communauté pour sa valeur et appartient pour moitié à la femme (art. 1.401 — 1^o C. civ.). Il n'y a pas à distinguer entre le cas où le mari est déjà pourvu d'une charge avant la célébration du mariage et le cas où sa nomination intervient ultérieurement, puisque l'actif commun se compose du mobilier présent et futur des époux.

Toutefois il est certain qu'une clause expresse du contrat de mariage peut exclure l'office de la communauté et le réserver en propre au mari ; mais il reste à préciser la portée pratique de cette clause en ce qui concerne la plus-value de la charge.

D'ailleurs, la valeur de l'office, étant un bien mobilier pareil à tous les biens mobiliers, peut appartenir en propre à la femme. La dot de l'épouse, sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal, est assez souvent affectée à l'acquisition d'un office par le mari. Il arrive aussi qu'un père constitue en dot à sa fille une somme représentant la valeur de l'office dont il est titulaire, puis qu'il use de son droit de présentation en faveur de son gendre. Dans ces hypothèses, bien que le mari ait à titre exclusivement personnel le titre, il faudra dire que la femme est propriétaire de la valeur de la charge. De même l'épouse qui, sous le régime de la séparation de

biens, fournira au mari l'argent nécessaire pour acheter une étude, devra être considérée comme propriétaire de celle-ci.

Telles sont les solutions que nous devons dégager dans la suite de ce travail.

CHAPITRE DEUXIÈME

L'office ministériel sous le régime de la communauté

La fonction, concession de la puissance publique, demeure attachée à la personne du titulaire. Elle ne figure pas dans le patrimoine. La communauté ne saurait donc avoir sur elle aucun droit.

D'autre part les produits de l'office tombent incontestablement dans la communauté par application de l'article 1401-2°. Ce texte décide en effet que la communauté se compose activement « de tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage à quelque titre que ce soit ».

Mais qu'advient-il de la valeur vénale de l'office, c'est-à-dire du droit de présentation ? Ce droit entre-t-il dans la communauté de telle manière que l'épouse ou ses représentants puissent, lors de la dissolution,

exiger la moitié de sa valeur ? Au contraire faut-il décider que ce droit demeure propre au mari, de telle sorte que la communauté ait purement et simplement droit à une récompense pour les sommes qu'elle a consacrées à l'acquisition de la charge ?

Cette question, nous l'avons déjà implicitement résolue en déterminant la nature juridique de l'office ministériel. Nous avons montré que le droit de présentation est un véritable droit de propriété mobilière. A ce titre il fait donc partie de l'actif commun des époux, conformément à l'article 1401 du Code Civil. Au contraire, les auteurs qui ont voulu appliquer à la matière la conception du droit de la personnalité ont considéré le droit de présentation comme aussi personnel à l'officier que la fonction elle-même ; ils ont logiquement, mais à tort, exclu ce droit de la communauté.

Mais nous n'avons pas tout dit lorsque nous avons démontré que la valeur de l'office tombe en communauté.

En premier lieu, il faut rechercher comment cette solution s'est affirmée en jurisprudence et comment les arrêts ont atténué ses conséquences en admettant pour le mari le droit de retenir l'office à la dissolution de la communauté, à charge de récompenser celle-ci.

En second lieu, il convient d'envisager l'hypothèse fréquente où une stipulation du contrat de mariage

exclut formellement l'office de la communauté. Cet office est alors propre au mari. Mais il reste à régler la question de la plus-value advenue à la charge.

SECTION PREMIÈRE

L'office en l'absence d'une clause d'exclusion

Conformément aux solutions que nous avons précédemment dégagées, une jurisprudence constante reconnaît au droit de présentation le caractère d'un véritable droit de propriété mobilière, faisant à ce titre partie de la communauté (1). Cette solution est acceptée par la plupart des auteurs (2). Mais les tri-

1. Douai, 15 Novembre 1833. D. 34.2.128 ; Agen, 2 décembre 1836. S., 37.2.309 ; Paris, 23 juillet 1840. D., 40.2.689 ; Paris, 21 avril 1857. S., 57.2.249 ; Cassation, 4 janvier 1853. D., 53 1.73 ; Riom, 28 mars 1859. S., 60.2.30 ; Douai, 14 février 1863. S., 64.2.109 ; Cass. Req., 6 janvier 1880. D., 80.1.361.

2. Toullier, *le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome XII, n° 112 ; Duranton, *Droit Civil*, tome IV, n° 162 ; Marcadé, sous l'article 1401, n° 5 ; Troplong ; *Du Contrat de mariage*, t. I, n° 418-419 ; Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, n° 448 et suiv. ; Aubry et Rau, t. V, § 507 texte et note 12, p. 285 ; Demante et Colmet de Santerre, t. VI, n° 91 bis ; Laurent, t. XXI, n° 225 ; Guillouard, *Contrat de mariage*, t. I, n° 379 ; Perriquet, *Traité de la propriété et de la transmission des offices ministériels*, n° 470 et suiv. ; Huc, t. IX, n° 81. Planiol, t. III, n° 917 ; Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville ; *Du contrat de mariage*, t. I, n° 290 et 855 ; Piteux, *De la défense pour les époux de se constituer arbitrairement des propres pendant la communauté*. Thèse Paris, 1908.

bunaux ont admis au principe dont il s'agit un tempérament nécessaire. Poussée jusqu'à ses extrêmes conséquences logiques, la règle suivant laquelle le droit de présentation tombe en communauté aurait conduit à obliger le mari, à la dissolution, à mettre son office dans la masse ; cet office eût alors été vendu et son prix partagé entre les ayants-droits. Un semblable résultat eût été inique. C'est pourquoi la jurisprudence a permis au mari, dans ce cas, de conserver l'office à charge de récompense.

§ I. — *La valeur de l'office tombe en communauté*

Les arrêts ont considéré comme appartenant au patrimoine commun des époux non seulement les produits de l'office, mais aussi sa valeur vénale, c'est-à-dire le résultat de l'exercice du droit de présentation. La solution est d'ailleurs la même dans l'hypothèse où l'office appartient au mari avant le mariage et dans celle où il a été acquis au cours de l'union conjugale.

La jurisprudence s'est appuyée sur l'article 1401 : 1^o Code civil attribuant à la communauté le mobilier qui advient aux époux. Sans doute ce texte ne nomme expressément que le mobilier qui échoit aux époux « à titre de succession ou même de donation. Mais cette rédaction n'est aucunement limitative. Tous les meubles, quelle que soit leur prove-

nance, et à quelque époux qu'ils échoient, entrent dans la composition de la communauté.

La question du sort de l'office dans la communauté s'est pratiquement posée soit à propos de la communauté légale, soit à propos de contrats de mariage portant une restriction de l'actif commun.

Examinons d'abord les espèces relatives à la communauté légale. La Cour de Douai se prononça, en 1862, dans les circonstances suivantes : Gatoux était titulaire d'un office. Sa femme mourut, laissant trois enfants mineurs. Quelque temps après, l'officier céda son étude pour un prix apparent de 10.000 francs. Le gouvernement refusa d'approuver le traité pour cause de dissimulation du prix réel. Quelques années passèrent, puis Gatoux fut destitué et même déclaré en faillite. On procéda alors à la liquidation de la communauté ayant existé entre Gatoux et son épouse et à celle de la succession de cette dernière.

Le notaire liquidateur fit figurer dans l'actif de la communauté une somme de 9.000 francs, représentant la valeur présumée de l'office lors de la dissolution. Mais le syndic de la faillite soutint que Gatoux, ne devait aux héritiers de sa femme que l'indemnité payée par son successeur.

Le tribunal de Montreuil-sur-Mer maintint le travail liquidatif du notaire en ces termes :

« Attendu que la valeur d'un office fait partie de la communauté ; que le titulaire en reste proprié-

taire, sauf récompense à la communauté ; que cette récompense doit évidemment être fixée eu égard à la valeur de l'office à la dissolution de la communauté. » L'office Gatoux valant, au décès de l'épouse, 9.000 francs, l'indemnité à recevoir pour cause de destitution encourue postérieurement ne représentait pas la valeur réelle de la charge au jour où cette pénalité fut appliquée, et encore moins à l'époque où il convenait de se placer.

Le syndic interjeta appel. Mais la Cour de Douai, le 20 décembre 1862, confirma le jugement par adoption de motifs (1).

L'attribution de la valeur de l'office à la communauté légale fut également affirmée par la Cour de cassation dans les circonstances qui vont être rapportées.

Un greffier de justice de paix, M. Revel, s'était marié sous le régime de la communauté légale. Celle-ci fut dissoute par la mort de la femme. Revel céda sa charge à Deschamps. D'autre part Revel et l'un de ses fils, Antonin, avaient été condamnés à payer une certaine somme à la Compagnie d'assurances maritimes « La Lyonnaise ». Revel et son fils Antonin autorisèrent cette Compagnie à saisir-arrêter le prix de la cession faite à Deschamps et permirent en même temps à celui-ci de prendre tels engagements qu'il jugerait convenables. M. Deschamps se porta

1. Douai, 20 décembre 1862. Sirey, 1864.2.109.

donc garant envers la Compagnie « La Lyonnaise » du paiement de leur dette. « La Lyonnaise » pratiqua entre les mains de Deschamps une saisie-arrêt sur le prix de cession de l'office. C'est alors qu'intervint, entre M. Revel et ses enfants un partage de communauté dans lequel fut compris le prix de cession de l'office. A quelque temps de là, la Compagnie d'assurances fit valider la saisie-arrêt qu'elle avait formée. Revel et son fils Antonin firent opposition au jugement de validité. L'autre fils de Revel intervint dans l'instance pour réclamer, nonobstant la saisie-arrêt, la somme formant sa part, d'après l'acte de partage, dans le prix de vente de l'office. Quant à la Compagnie d'assurances, elle soutint que le prix de vente de l'office ne dépendait pas de la communauté.

Dans ces conditions, le Tribunal de Narbonne statua contrairement aux prétentions de la Compagnie « La Lyonnaise », et conformément à celles de François Revel.

« Attendu, dit le jugement, que si, pour des motifs d'ordre public, les offices ministériels ne tombent pas dans la communauté, il faut l'entendre dans ce sens que c'est la fonction et non pas le prix de l'office ; que par suite, à la mort de la dame Revel mère, le père titulaire a pu continuer ses fonctions, et les enfants ne pouvaient le contraindre à vendre sa charge ; mais qu'au moment de ce décès le prix

de cette charge était tombé dans la communauté et était devenu, sauf à dégager le chiffre, lors de la vente, la propriété pour moitié de chacun des époux communs. »

L'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier, qui confirma ce jugement par adoption de motifs, fut frappé de pourvoi.

Mais la Cour de cassation, le 6 janvier 1880, confirma la manière de voir du Tribunal et de la Cour, en plein accord du reste avec toute la jurisprudence antérieure (1).

« Attendu que les offices, dont la loi du 28 avril 1816 autorise la transmission, sont de véritables *propriétés* dans les mains des titulaires ; que ces propriétés sont *mobilières*, et comme telles entrent dans la communauté légale ; attendu que si, par des motifs d'ordre public, on doit attribuer au titulaire d'un office, lorsqu'il survit à la communauté, le droit de le retenir comme propre, à la charge de récompenser la communauté, c'est là une pure faculté dont le mari est libre d'user ou de ne pas user ; que, ce dernier cas advenant, l'office est et demeure conquis de la communauté, de telle sorte que le prix provenant de sa cession, en tant qu'il représente sa valeur à l'époque de la dissolution de la communauté, fait partie de l'actif de celle-ci. »

Il est rare qu'un officier ministériel soit marié sans

1. Cassation, 6 janvier 1880. Sirey, 1881. 1.49.

contrat. Aussi la plupart des arrêts en notre matière ont statué dans l'hypothèse d'une limitation conventionnelle de l'actif commun. L'office n'étant pas formellement exclu de la communauté, la question fut de savoir si une clause d'exclusion d'un ensemble de meubles s'appliquait à lui.

Supposons que deux époux soient mariés, sous le régime de la communauté d'acquêts. Les donations et successions recueillies par chacun d'eux au cours du mariage n'entrent pas en communauté. Or le mari obtient gratuitement une charge d'officier ministériel ; cette collation gratuite équivaut-elle à une donation au sens où l'ont entendue les époux ; est-elle au contraire un bénéfice de communauté ?

Telle est l'espèce dans laquelle statua la Cour de Douai le 15 novembre 1833.

Un sieur Ducorroy avait obtenu gratuitement une charge de commissaire-priseur. Sa femme décéda, laissant une fille mineure, issue du mariage. Puis Ducorroy donna sa démission moyennant 18.000 fr. Et, quelque temps après ses biens furent vendus en justice. Un ordre s'ouvrit. Le contrat de mariage des époux Ducorroy stipulait que les donations et successions resteraient propres à celui qui les recueillerait. La mineure Ducorroy soutint que la charge était un acquêt de communauté et réclama la moitié de son prix. Les autres créanciers soutinrent que

l'office gratuitement obtenu, constituait une donation qui devait demeurer propre au mari.

La Cour de Douai consacra la prétention de la mineure Ducorroy (1).

« Considérant, dit-elle, que l'office de commissaire-priseur, à part le droit de l'exercer, mais eu égard à ses produits et à sa valeur vénale, est nécessairement un meuble aux termes du droit actuel, et partant un acquêt de communauté (art. 526, 530, 1401 Code civil) ; que la clause du contrat de mariage des époux Ducorroy, excluant de la communauté les donations même mobilières, ne peut recevoir son application au susdit office dont la collation gratuite ne peut, ni d'après les principes du droit, ni d'après les termes de l'esprit du contrat, être considérée comme une donation, mais comme une obvention ; un bénéfice de communauté. »

Dans une espèce semblable à la précédente, la Cour d'Agen, le 2 décembre 1836, donna la même solution (2). Elle considéra qu'un office concédé gratuitement constituait un acquêt de communauté parce que sa valeur était un produit du travail et de l'industrie du mari.

De même la Cour de Bordeaux, le 2 juillet 1840, fit la distinction entre les fonctions de notaire, lesquelles demeurent personnelles au titulaire, et la

1. Douai, 15 novembre 1833. Dalloz 1834.1.128.

2. Sirey, 1837.2.309.

valeur vénale de l'office résultant des actes passés par l'officier pendant le mariage. A la dissolution de la communauté réduite aux acquêts, le titre reste propre au mari, mais la valeur procurée à l'étude par l'activité de l'officier doit être estimée et il doit en être fait état pour la liquidation de la société d'acquêts (1).

La jurisprudence eut aussi à résoudre des difficultés provenant de la nouvelle situation créée par la loi du 28 avril 1816.

La vénalité des offices, en usage dans l'ancien droit, fut supprimée par les lois des 26 juillet 1790, 20 mars, 27 avril, 8 mai et 6 octobre 1791. Depuis ces dates jusqu'en 1816, les offices furent conférés gratuitement (du moins en principe) et à vie à leurs titulaires par le gouvernement. La loi du 28 avril 1816 éleva le cautionnement des officiers ministériels et permit en même temps aux titulaires de présenter leur successeur à l'agrément du Chef de l'Etat. Cela étant, lorsqu'un office avait été attribué avant la loi de 1816, il s'agissait de savoir si le caractère de la collation se trouvait modifié par suite du supplément de cautionnement et de la concession du droit de présentation. En effet, il arrivait que la communauté déboursait une certaine somme en vue de compléter le cautionnement. Grâce à ce versement, l'office

1. Bordeaux, 2 juillet 1840. Dalloz : Répertoire alphabétique v° *Contrat de mariage*, n° 633 en note.

acquerrait une valeur vénale qui s'exprimait par le droit de présentation. Ce droit avait-il été octroyé aux officiers dans le seul but de les dédommager de l'élévation du taux de leur cautionnement ? Ce cautionnement était-il une véritable charge en ce sens que la communauté qui l'avait acquittée dut acquérir en échange la somme en laquelle se monnayait le droit de présentation ? La loi de 1816 empêchait-elle les offices conférés antérieurement d'être propres à leurs titulaires ?

Un contrat de mariage stipulait que ce qui adviendrait aux époux par donation, succession ou autrement, leur demeurerait propre. Un individu se maria, puis fut pourvu gratuitement d'une charge de notaire. Ensuite la loi de 1816 donna à l'office une valeur économiquement réalisable. Le supplément de cautionnement fut payé par la communauté. La Cour de Bourges décida dans ces circonstances, par arrêt du 31 mai 1847, que la stipulation précitée devait s'appliquer à tous les titres lucratifs auxquels des biens pouvaient advenir au cours du mariage, et, en conséquence, à l'office gratuitement conféré (1). Sans doute l'arrêt affirma de nouveau le principe constant d'après lequel la valeur des offices tombe, comme toute propriété mobilière, en communauté. Mais il attribua à la clause en question un effet d'exclusion s'étendant même à l'étude dans l'hypothèse d'une col-

1. Dalloz 1853. I. 73.

lation gratuite. La Cour de Bourges ajouta « que si l'on voulait considérer que le droit de présenter un successeur fût la condition d'un supplément de cautionnement imposé au titulaire, et qui tombât à la charge de la communauté, le droit n'en serait pas modifié ; que le notaire était depuis longtemps et à vie investi de ses fonctions ; que le sacrifice imposé à la communauté pour donner à cet office une valeur réelle n'a pu en charger la nature, le rendre conquêt de communauté, de propre qu'il était ; que seulement une indemnité serait due à la communauté. »

Mais telle ne fut pas la manière de voir de la Cour de cassation qui, le 4 janvier 1853, cassa l'arrêt de Bourges en vertu des motifs suivants (1). La généralité d'une clause du contrat de mariage, excluant de la communauté le mobilier advenu aux époux par donation, succession ou autrement, ne saurait s'appliquer à la collation gratuite d'un office. En effet, la nomination d'un notaire est déterminée par les besoins d'un service public et par l'aptitude du titulaire. La valeur vénale a été accordée à l'office en compensation d'un supplément de cautionnement. Elle ne modifie donc pas la nature de la collation qui ne peut être faite qu'à un candidat recommandable par sa capacité et son honorabilité. Les bénéfices et les produits de la charge proviennent de l'industrie

1. Cass. civ., 4 janvier 1853. D. 53.1.73.

du mari et sont, par suite, acquis à la communauté conjugale.

D'autres décisions judiciaires se sont prononcées dans le même sens. « Attendu, dit la Cour de Paris le 21 avril 1857, que la collation par la loi de 1816 d'avantages nouveaux aux titulaires d'offices, survenue pendant le mariage, loin d'être le principe d'une appropriation privative en faveur du mari, présente au contraire tous les caractères du conquêt de communauté, soit qu'on la considère comme un témoignage de la confiance ou de la bienveillance du gouvernement envers les officiers ministériels, soit qu'elle représente le prix de leurs travaux, de leurs services et de leur moralité (1).

Même solution consacrée peu de temps après par la Cour de Riom.

« Considérant que si, lors de son mariage, le sieur Michaud était déjà avoué près le tribunal de première instance de Chambon, cette charge qu'il tenait de la confiance du gouvernement n'avait pas été achetée par lui, et qu'il ne pouvait la transmettre ; que la collation lui en avait été faite parce qu'il avait été reconnu posséder les qualités nécessaires pour l'exercer et qu'il devait l'employer dans l'intérêt de la communauté conjugale ; considérant que le bénéfice de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 est arrivé pendant l'existence de la communauté qui doit d'au-

1. Paris, 21 avril 1857. Sirey 57.2.249.

tant mieux en profiter qu'il a été le résultat, pour ainsi dire, d'un contrat commutatif entre le gouvernement et le chef de la communauté et dont le prix a été payé par cette même communauté... ordonne que le notaire devant lequel les parties sont renvoyées fera figurer le prix de l'étude du sieur Michaud non à l'actif de la succession Michaud, mais bien à celui de la communauté qui a existé entre ledit Michaud et la dame Dupuis, et ce, avec les intérêts produits par ce capital (1). »

Ainsi donc il résulte des décisions précédentes que, même en présence d'une clause d'exclusion de la communauté de ce qui doit advenir aux époux par donation, succession ou autrement, le prix de cession d'un office dont le mari était pourvu lors de son mariage avant la loi de 1816 ne constitue pas un propre, mais un conquêt tombant dans le patrimoine commun.

Aussi bien la règle suivant laquelle la valeur vénale d'un office tombé en communauté n'entraîne pas nécessairement la solution que nous venons d'indiquer.

Il est logiquement possible de respecter la règle dont il s'agit tout en appliquant à une collation gratuite d'office, antérieure à la loi de 1816, la stipulation générale de propre concernant tout ce qui adviendra aux conjoints par succession, donation ou autrement.

1. Riom, 28 mars 1859. Sirey 1860.2.30.

C'est ainsi que la Cour de Metz, le 24 décembre 1835, déclara propre au mari un prix de cession par interprétation de la clause dont nous parlons (1).

Cette divergence n'empêche pas que cet arrêt lui-même se soit conformé à la solution jurisprudentielle constante qui attribue à la communauté la valeur économique de l'office.

§ 2. — *Le droit de retenue du mari*

La valeur de l'office faisant partie de la communauté, il en résulte que si le mari démissionne, cette valeur entre dans la masse commune et doit être répartie entre les ayants droit. Mais si la communauté se dissout par la mort de la femme, les héritiers de celle-ci ne peuvent évidemment pas contraindre le mari survivant à donner sa démission et à exercer son droit de présentation. C'est pourquoi jurisprudence et doctrine admettent au profit du mari survivant, et sauf l'obligation de récompense, le droit de retenir l'office comme propre.

Notre ancienne jurisprudence (2) avait déjà consacré ce droit de retenue et en avait réglé l'exercice d'une manière très précise.

1. Dalloz, *Répertoire alphabétique*. V^o Contrat de mariage, n^o 635.

2. Parlement de Paris, 15 février 1605 : Le Prestre. Arrêts cent., 2 ch. 86 ; 1^{er} mars 1627, 21 avril 1636, 27 février 1655, 28 juillet 1705.

« Quoique l'office soit un conquêt, dit Pothier (1), néanmoins la jurisprudence a accordé à l'officier, lorsqu'il survit à la dissolution de la communauté, le droit de retenir, si bon lui semble, l'office dont il se trouve revêtu, à la charge de récompenser la communauté du prix que l'office a coûté. Ce droit est fondé sur l'indécence qu'il y aurait à dépouiller un officier de son office. »

« Si le mari, dit Lebrun (2), achète pareil office durant la communauté, il lui est encore une espèce de propre ; car il est déjà certain qu'il a le droit de le retenir après la mort de la femme, en remboursant le mi-denier à ses héritiers. »

Le mari avait, pour faire sa déclaration d'option, le même délai que les héritiers pour prendre parti sur la succession, c'est-à-dire trois mois et quarante jours (3).

Si le mari déclarait qu'il voulait retenir l'office, il était sensé l'avoir acquis pour son compte, de sorte que cet office était réputé n'avoir jamais été un conquêt « mais avoir toujours été un propre du mari, qui a comme emprunté de la communauté les deniers qui lui ont servi à en faire l'acquisition (4).

1. *Traité de la communauté*, 4^e partie, chap. I, section 2, art. 7, n° 663. Ed. Beugnet, t. VII, p. 340.

2. *Traité de la communauté*, livre 1, ch. 5, section 2, dist. 1, n° 53. Voir aussi Denisart, *Répertoire*, n° 66 et 67, 2^e alinéa.

3. Lebrun, *op. cit.*, livre 1, chap. 5, section 2, dist. 1, n° 61.

4. Pothier, *op. cit.*, n° 665.

Le mari, au contraire, se prononçait-il négativement, l'office était compris dans la masse à partager.

Le délai expiré, le mari ne pouvait plus exercer d'option. Mais son silence signifiait-il qu'il renonçait à l'office ou qu'il le retenait ? La question avait été controversée en doctrine et en jurisprudence (1).

Suivant Lebrun (2), dont l'opinion avait été consacrée par un arrêt de la Chambre des Enquêtes de février 1695, l'office demeurait conquis (3). Mais la grande majorité des arrêts établirent la présomption que le mari avait voulu retenir l'office lorsqu'il n'avait pas fait de déclaration contraire (4).

La déclaration du mari, portant qu'il retenait l'office, ou son silence, entraînaient un effet rétroactif au jour de son acquisition. Dans le cas où le mari retenait l'office il devait à la communauté une récompense calculée d'après la valeur de l'office au jour de son acquisition.

Si, de ces solutions admises par notre ancienne jurisprudence, nous rapprochons les solutions acceptées par la jurisprudence moderne, nous voyons que

1. Bauduin, *op. cit.*, p. 55.

2. *Op. cit.*, liv. 1. Ch. V, section 2, dist. 1, n° 60.

3. Quatrième Chambre des Enquêtes, février 1695 ; Lebrun, *op. cit.*, n° 61.

4. 1^{er} mars 1627, Bardet, titre 1, livre 2, chap. 99, p. 194. ; 21 avril 1636, Brodeau, lettre E, somme 2, arrêt 6 ; 27 février 1655, Merlin, *Répertoire*, V° Office, n° 13 ; 28 juillet 1705, Me lin, *Répertoire*. V° Office, *ibidem*.

cette dernière se présente sous un aspect très différent.

Il n'est plus importé au mari aucun délai préfix pour affirmer son choix. Il peut être mis en demeure de se prononcer dès la dissolution de la communauté.

Le silence du mari est interprété comme équivalent à l'intention de laisser l'office dans la communauté. L'arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 1880, que nous avons déjà cité, s'exprime ainsi : « Si, pour des motifs d'ordre public on doit attribuer au titulaire d'un office, lorsqu'il survit à la communauté, le droit de le retenir comme propre à la charge de récompenser la communauté, c'est là une pure faculté dont le mari est libre d'user ou de ne pas user. » La Cour suprême, acceptant l'opinion de Lebrun et de l'arrêt isolé de 1695, estime que le fait de continuer à gérer l'office sans faire aucune déclaration implique l'intention de le laisser dans la communauté. Cette solution a été critiquée.

« L'officier est en possession de son office, dit M. Bauduin (1), celui-ci ne devient pas vacant par la mort de l'épouse. La continuation ne peut que manifester l'intention de le garder. Aucune déclaration expresse ne devrait donc être requise pour l'exercice du droit de retenue. » Ici encore l'auteur confond la fonction et la valeur vénale de l'office. Cette der-

1. *Op. cit* , p. 120.

nière appartient au patrimoine commun des époux ; la continuation de la gestion ne signifie pas que le mari veuille la retirer de ce patrimoine ; s'il a la volonté de la retenir comme propre, il doit le dire expressément. Nous approuvons donc la décision de la Cour de cassation.

En outre nos tribunaux ne reconnaissent plus à l'exercice du droit de retenue un effet rétroactif. L'office n'est pas considéré comme ayant toujours été propre au mari depuis son acquisition. Dès lors, s'il a augmenté de valeur dans l'intervalle de l'achat et de la dissolution de la communauté, c'est à ce dernier moment qu'il convient de se placer pour calculer la récompense.

« Attendu, dit la Cour d'Agen le 2 décembre 1836, que tout ce qui concerne et constitue l'actif d'une société à partager doit s'estimer et se prendre comme il était au moment de sa dissolution ; que particulièrement l'office de notaire ne devant être rapporté que fictivement, la crue qu'il a pu obtenir depuis, même par le seul bénéfice du temps, de même que la moins-value qu'il a pu éprouver, ne concernent que l'appelant (1). »

Les auteurs qui considèrent le droit de l'officier

1. Sirey, 1837.2.309.

Tous les arrêts que nous avons étudiés précédemment ont décidé que le calcul de la récompense à fournir par le mari doit être opérée d'après la valeur de l'office au moment de la dissolution du mariage.

sur la valeur vénale de son étude comme un droit de la personnalité, essentiellement personnel et incommunicable, ne peuvent manquer de trouver étrange la décision précédente. N'est-ce pas à l'intelligence du mari, diront-ils, qu'est due la plus-value en question ? Oui, répondrons-nous. Mais les produits du travail et de l'industrie des époux, appartiennent à la communauté (art. 1498).

D'ailleurs la communauté n'a pas été une simple prêteuse. L'office a été un conquêt. C'est un fait qui ne saurait être effacé par la fiction de rétroactivité. La communauté ayant couru les risques d'une moins-value doit recueillir le bénéfice d'une plus-value.

SECTION II

Effets d'une clause du contrat de mariage excluant l'office de la communauté

Il ne s'agit point ici d'une clause du contrat de mariage portant stipulation de propre relativement à tout ce qui doit advenir aux époux par donation, succession ou autrement. Nous avons vu qu'une telle stipulation générale n'a généralement pas été interprétée comme s'appliquant à l'hypothèse de la collation gratuite d'un office.

Nous supposons que l'officier ait fait insérer dans

son contrat de mariage une clause excluant spécialement et expressément de la communauté l'office dont il est titulaire. Il est alors hors de doute que l'office a la nature d'un propre. Il ne peut y avoir de difficulté qu'en ce qui concerne la plus-value advenue pendant le mariage à cet office propre du mari.

La jurisprudence a montré quelque hésitation sur ce point.

La Cour de Paris, le 2 avril 1869, a considéré que l'augmentation de valeur d'un office « constituait un acquêt résultant de travaux et d'une application qui, bien que personnels au mari, n'en devaient pas moins tourner à l'utilité commune des époux et demeurer par suite dans la masse active de la communauté (1) ».

En 1840, déjà, la Cour de Bordeaux, ayant à connaître d'une espèce analogue, avait statué dans le même sens et décidé que la plus-value doit toujours profiter aux deux époux (2).

Un autre point de vue fut adopté par le tribunal de Cosne le 27 août 1883.

« Si la plus-value, dit le jugement (3), est le pro-

1. Dalloz, 1869.2.236.

Sur ce point la Cour adoptait la solution des premiers juges, mais pour un autre motif ; le tribunal de Joigny avait en effet admis que l'estimation de l'office dans le contrat de mariage en avait valu vente à la communauté dans les termes des articles 1851 et 1551 du Code civil.

2. Bordeaux, 29 août 1840. Sirey, 1841.2.142.

3. *Gazette du Palais*, 1884.1.63.

duit de la capacité, du travail, de l'industrie du mari, il y aurait lieu de déclarer, conformément aux principes de la matière, qu'elle constitue un acquêt de communauté. »

« Il en serait autrement si cette plus-value résultait d'une cause étrangère, telle que l'augmentation naturelle de la valeur des propriétés, le plus grand nombre de candidats aspirant aux fonctions notariales, les convenances particulières au successeur. »

En fait, le tribunal déclare qu'il ne peut dire qu'elle a été exactement la cause de l'augmentation de valeur de l'office, mais il affirme d'une manière certaine qu'elle ne provient pas de la gestion de l'officier. Par suite il attribue la plus-value en propre au mari.

D'après ce système, il y aurait donc lieu de distinguer si la plus-value résulte de l'activité du mari ou d'une circonstance indépendante de celui-ci ; dans le premier cas elle tomberait en communauté ; dans le second cas, elle serait propre à l'officier.

Saisie de la difficulté, la Cour de cassation n'accepta ni l'une ni l'autre des théories contenues dans les précédentes décisions. Par son arrêt du 14 avril 1893, elle attribua en toute hypothèse la plus-value au mari.

« Attendu que Roy s'était constitué en dot non le prix d'acquisition de son office, mais cet office lui-même qui lui était ainsi resté propre ; attendu que

les propres mobiliers de chaque époux demeurent à ses risques, qu'il doit seul profiter de l'augmentation de leur valeur comme il en supporterait seul la perte ou la diminution ; que la plus-value de l'office propre au mari appartient exclusivement à celui-ci ; qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre la plus-value résultant de l'augmentation générale des charges et celle qui serait due à l'intelligence et au travail du titulaire ; que ni dans l'un ni dans l'autre cas, cette plus-value ne constitue un objet distinct de l'office lui-même et ne saurait être considéré comme un acquêt dans le véritable sens du mot (1). »

La solution adoptée par la Cour suprême nous semble en effet la meilleure. Elle n'est nullement en contradiction avec la théorie générale de la jurisprudence d'après laquelle la valeur de l'office, non exclue de la communauté, est elle-même commune. Car il suffit de considérer que la plus-value d'un office stipulé propre fait partie intégrante de l'office et est elle-même propre.

Sans doute il serait logique de suivre la distinction émise par le tribunal de Cosne et de faire tomber la plus-value en communauté dans la mesure où elle provient de l'activité du mari.

Mais comment séparer pratiquement, la part de plus-value due au travail du mari et la part résul-

1. Cassation, 14 avril 1893 ; Dalloz, 93, 1.351. Dans le même sens : Bordeaux, 17 février 1886. Dalloz. 86.2.119.

tant de circonstances indépendantes de son activité ? Pour affirmer que l'augmentation de valeur de l'office ne provenait pas de la gestion du notaire, le tribunal de Cosne se basait sur la comparaison des répertoires de ce notaire avec ceux de son prédécesseur et ceux de son successeur. Mais il est permis de douter que cette méthode soit susceptible de donner des résultats certains.

Mieux vaut donc, avec la Cour de cassation, attribuer la plus-value en toute hypothèse au mari.

Aussi bien cette décision se justifie-t-elle juridiquement et en équité. La plus-value n'est pas un objet distinct de l'office lui-même ; dès lors, l'office étant stipulé propre, cette plus-value doit être également propre. Supposons d'ailleurs qu'une maison ou une propriété non bâtie, propre au mari, ait augmenté de valeur au cours du mariage ; la communauté, qui recueillera le prix de vente, sera débitrice de ce prix, sans déduction aucune, envers le mari. Pourquoi décider autrement en ce qui concerne l'augmentation de valeur de l'office due comme la plus-value de la maison ou du fonds de terre, à l'intelligente gestion du mari ? Observons enfin que la solution que nous défendons a été consacrée aussi pour la plus-value acquise pendant le mariage par un fonds de commerce exclu de la communauté (1). Il convient d'ajouter aux autres cet argument d'analogie.

1. Aix, 24 mai 1905. D. 1906, 2.388.

Nous n'avons pas épuisé la question des conséquences d'une stipulation de propre relative à l'office. Il peut arriver en effet que cette stipulation soit faite par la femme de l'officier. Sans doute la femme ne peut pas être titulaire d'un office ministériel. Mais supposons qu'une femme stipule dans son contrat de mariage que sa dot sera employée à l'achat d'un office ayant le mari pour titulaire, ou bien que l'épouse recueille la succession d'un officier ministériel ; ou bien encore qu'un beau-père présente son gendre à l'agrément du chef de l'Etat en constituant en dot à sa fille une somme représentative de la valeur de l'office.

Dans ces trois hypothèses, se présentant sous le régime de la communauté, la valeur de l'office appartiendra-t-elle à l'épouse ?

Non, répondront les théoriciens du droit de la personnalité qui admettent que, même dans ses éléments économiques, l'office est absolument personnel au titulaire.

Mais la nature juridique que nous avons reconnue à l'office nous conduit à décider que sa valeur vénale appartiendra en propre à la femme dans les hypothèses envisagées.

Si la femme hérite d'un officier ministériel, elle disposera du droit de présentation et c'est à elle que le nouveau titulaire devra payer le prix.

Si la femme a affecté la somme à elle constituée

en dot à l'acquisition d'une charge par le mari, ou si le père de la femme a constitué à celle-ci une dot représentant la valeur de l'office en désignant son gendre comme successeur, la valeur économique de la charge appartiendra en propre à la femme.

Enfin nous devons ajouter quelques observations relatives au sort des indemnités en cas de destitution, de suppression ou de création d'offices. Cette question se lie assez naturellement à celle de la plus-value.

Dans le cas de destitution, l'indemnité que le successeur paie à l'officier destitué, en vertu d'une mesure gracieuse de l'Etat, tombe-t-elle en communauté ?

Un officier ayant été frappé par la destitution, sa femme exerça ses reprises à titre de propriétaire et prétendit exclure du bénéfice de l'indemnité les créanciers, y compris le prédécesseur du mari.

La Cour de Bordeaux, par arrêt du 27 février 1856, décida que l'indemnité entrait en communauté parce qu'elle ne représentait pas l'office et devait en conséquence être regardée comme une obvention (1).

Ainsi les créanciers n'avaient que ce qui restait dans la communauté, après désintéressement de la femme.

Mais, l'année suivante, la même Cour (2) recon-

1. Dalloz, 1856, 2.81.

2. Bordeaux, 12 janvier 1857. D. 57. 2.101.

nut que l'indemnité n'entraîne ni dans le patrimoine commun, ni dans le patrimoine propre du mari ; que la femme ne pouvait la prendre à titre de paiement de ses reprises, et qu'elle devait être attribuée aux créanciers en leur qualité.

Cette décision mérite d'être approuvée. Car l'indemnité n'étant pas due à l'officier destitué, mais lui étant accordée gracieusement par le gouvernement, ne représente pas la valeur de la charge.

Au contraire, lorsqu'un officier paie, pour la plus-value probable survenant à son office, des indemnités à ses confrères, dont les charges sont supprimées ; ou encore, quand, lors d'une création d'office, le nouveau titulaire paie à ses confrères une indemnité qui doit être répartie au prorata du préjudice causé ; l'indemnité apparaît alors comme la représentation de plus-value ou de provision. Elle est une impense nécessaire restant à la charge de l'époux dont elle améliore le propre, ou comme un prix (1).

1. Bauduin, *op. cit.*, p. 198.

CHAPITRE III

L'office sous les régimes autres que celui de communauté

La solution que nous avons établie en ce qui concerne la nature juridique de l'office ministériel va recevoir encore son application sous les régimes autres que celui de la communauté.

Aucune difficulté ne s'élève lorsqu'un individu, marié sous le régime de séparation de biens ou sous le régime dotal, a acquis une charge de ses deniers. Cet office lui sera certainement propre, au point de vue de sa valeur vénale comme au point de vue de la fonction ; la plus-value, qui est, nous l'avons vu, partie intégrante de la charge, lui demeurera également propre.

Mais que décider lorsque la charge a été acquise grâce à l'argent de la femme ?

Il faut reprendre ici les hypothèses indiquées au sujet de la communauté. L'épouse dotale ou séparée de biens héritera d'un officier ministériel ; parmi les

valeurs à elle constituées en dot figurera un office dont le mari sera titulaire ; le père constituera à sa fille une dot représentative de la valeur de la charge en désignant son futur gendre au choix du chef de l'Etat. On peut aussi supposer, pendant le mariage, que la femme prenne dans ses biens paraphernaux la somme nécessaire à l'acquisition d'un office par le mari.

Les auteurs qui appliquent à la matière la conception du droit de la personnalité diront que, dans ces divers cas, la valeur économique de l'office n'appartiendra jamais à la femme.

L'office étant considéré par eux comme aussi exclusivement personnel dans ses éléments pécuniaires que sous son aspect de fonction publique, demeurera propre au mari titulaire de la charge. Le rôle de l'épouse sera simplement celui d'une prêteuse et le mari aura seulement à la rembourser.

Telle n'est point, nous le répétons, notre manière de voir. Et nous devons renouveler ici les solutions fournies à propos d'hypothèses identiques sous le régime de la communauté. La fonction est étroitement attachée à la personne du mari, quelle que soit la provenance des deniers à l'aide desquels il s'est fait pourvoir. Mais l'incommunicabilité de la fonction n'entraîne nullement celle de la charge considérée sous son aspect pécuniaire. La valeur vénale de celle-ci appartient donc à l'épouse, si ce sont ses deniers qui ont servi à l'acheter.

Examinons les conséquences de cette solution sous le régime de séparation de biens et sous le régime dotal.

La possibilité juridique que la valeur vénale d'un office figure dans le patrimoine de l'épouse a été reconnue par la Cour de Bordeaux dans une espèce curieuse de séparation de biens (1).

Un huissier, le sieur Rougier, avait cédé aux époux Lebègue son étude « pour, lesdits sieur et dame Lebègue, était-il dit dans l'acte, jouir et disposer du titre ainsi qu'ils aviseront, à compter du jour même du contrat ».

Cette cession fut faite pour 7.800 francs, en déduction de laquelle somme la dame Lebègue céda à Rougier 6.200 francs provenant de ses deniers personnels et à prendre sur le prix d'immeubles à elle propres qui avaient été vendus. Pour sûreté du paiement du reliquat de 1.600 francs, les époux Lebègue s'obligèrent personnellement et solidairement envers Rougier et hypothéquèrent leurs immeubles. Lebègue fût nommé huissier en remplacement de Rougier.

Postérieurement la dame Lebègue obtint contre son mari la séparation de biens. La femme fit valoir dans la liquidation ses droits et reprises, et, pour se libérer envers elle, Lebègue lui fit cession de sa charge, promettant de lui consentir tous actes utiles

1. Bordeaux, 20 mars 1840. Sirey, 1840.2.210.

à la vente de cette charge, le cas échéant, à la cessation des fonctions.

Il advint alors que Lebègue fut révoqué de ses fonctions. Roux fut nommé à sa place et déposa à la Caisse des Consignations la somme de 10.000 francs à laquelle le tribunal fixa l'indemnité.

Alors la dame Lebègue, ainsi que divers créanciers de Lebègue, firent opposition sur cette somme.

Les créanciers opposants prétendirent que la cession faite par Lebègue à son épouse était nulle par ce motif que le gouvernement a seul le pouvoir de conférer un office. Ils soutinrent en outre que la dame Lebègue, créancière de son mari, ne pouvait prétendre qu'à une collocation au marc le franc et non à une collocation par privilège de la somme totale qui lui serait encore due aux termes de l'acte liquidatif.

La solution de cette affaire dépendait donc entièrement du point de savoir quelle est la nature juridique de la valeur vénale d'un office.

Le tribunal de Ruffec et la Cour de Bordeaux se prononcèrent conformément à notre conception. Ils déclarèrent les créanciers opposants mal fondés dans leurs contredits. Ils interprétèrent la clause de cession litigieuse en ce sens qu'elle ne s'appliquait pas à l'office lui-même, mais à sa valeur vénale. Ils décidèrent que Lebègue avait valablement cédé à sa femme, en paiement de ses reprises, la finance de

son office d'huissier ; que, par suite, l'épouse était devenue, dès l'instant de la cession, propriétaire de la valeur vénale de cette charge.

Ainsi les décisions dont il s'agit dissipèrent-elles l'équivoque créée par les créanciers entre la fonction et la valeur économique de la charge ; la première ne peut être conférée que par le Gouvernement ; elle est essentiellement personnelle à son titulaire et absolument incommunicable. Mais la seconde, valeur patrimoniale, propriété mobilière *in commercio*, peut faire l'objet d'une cession valable.

On ne voit pas pourquoi un mari ne pourrait pas consentir une telle cession à sa femme, de telle sorte qu'à la cessation de la fonction, ce fût la femme qui possédât l'exercice du droit de présentation et qui touchât le prix, sous réserve, bien entendu, de la nomination à la fonction du nouveau titulaire par le gouvernement.

Sans doute c'est là une hypothèse exceptionnelle. D'ordinaire le prédécesseur désigne le successeur à l'agrément du chef de l'Etat, et, comme prix de sa démission et de sa présentation il demande une somme représentative de la valeur de l'office. C'est ainsi qu'il cède véritablement la charge envisagée dans ses éléments économiques ; cette cession, nous l'avons vu, présente des particularités restrictives de la liberté des parties et tenant à une réglementation de la profession en vue de l'ordre public. Or, il ne

nous paraît pas qu'il soit fait échec à l'ordre public dans le cas où la femme, cessionnaire de la valeur de la charge, exerce le droit de présentation et perçoit le prix versé par le successeur. Il suffit, en effet, pour que l'ordre public soit respecté, que le nouveau titulaire soit nommé par la puissance publique et que celle-ci exerce son contrôle sur le prix de cession. Ces conditions se trouvent réalisées dans l'hypothèse envisagée. Encore une fois cette hypothèse est très exceptionnelle, unique peut-être en jurisprudence. Mais elle nous a permis de préciser davantage la distinction de la fonction et de la valeur de l'office et de tirer de la transmissibilité de cette dernière toutes les conséquences logiques et juridiques qu'elle comporte à notre avis.

Sous le régime dotal, nous l'avons dit, un office peut être acquis avec une somme dotale affectée à ce but. Nous nous référons aux hypothèses plus haut indiquées. La plupart du temps l'officier promettra de se démettre et constituera à sa fille une dot représentant la valeur de l'office. La promesse de démission et la constitution de dot apparaissent comme solidaires.

Quelle sera donc la situation, soit que l'officier exécute ses engagements, soit qu'il ait la prétention de s'y soustraire ? C'est dans une hypothèse de ce genre qu'eut à statuer la Cour de Cassation le 4 janvier 1837 (1).

1. Sirey, 1837. 1.445.

Par contrat de mariage passé entre le sieur Jourdan et la demoiselle Pailhade, le père de la future épouse s'était obligé à se démettre en faveur de son gendre de ses fonctions d'avoué. Le contrat fixait le prix de cette démission à 20.000 francs, que le père déclara constituer en dot à sa fille et dont Jourdan donna quittance à son beau-père.

Le beau-père refusa de se démettre de ses fonctions. Jourdan l'assigna pour qu'il fût condamné soit à donner sa démission, soit à payer la somme de 20.000 francs portée au contrat de mariage, et en outre à 15.000 francs de dommages-intérêts.

Saisi de la question, le tribunal de Béziers décida qu'on ne pouvait contraindre Pailhade à démissionner ; il se déclara incompétent en ce qui concerne la démission demandée. Il considéra l'obligation de Pailhade comme résoluble en dommages-intérêts, lesquels devaient être fixés, non d'après le prix estimatif de l'office, mais d'après le produit annuel de celui-ci. La Cour d'Appel se basa aussi sur le revenu annuel présumé de l'office pour évaluer les dommages et intérêts et elle se refusa à condamner Pailhade au paiement des 20.000 francs qu'il avait constitués en dot à sa fille.

Mais cette décision fut cassée par la Cour suprême :

« Attendu que le refus par le sieur Pailhade de se démettre de ses fonctions d'avoué le soumettait au

paiement de la somme de 20.000 francs ; que, s'il en était autrement, l'obligation qu'il avait contractée n'eût été qu'une obligation potestative de laquelle l'article 1174 du Code civil prononce la nullité ; attendu, en outre, qu'il s'agit d'une convention matrimoniale qui ne pouvait recevoir aucun changement après la célébration du mariage. »

Cette solution est juste. Il est certain que la démission est un fait essentiellement personnel et que l'officier ne peut être contraint de la donner. Mais il n'en est pas moins vrai que la clause dont il s'agit dans l'hypothèse présente doit recevoir effet. Le titulaire a constitué en dot une somme déterminée ; s'il pouvait s'affranchir de cette obligation, il aurait contracté sous une condition purement potestative de sa part ; il aurait dit en effet : je paierai la dot si je me démetts de mes fonctions, c'est-à-dire si je veux. Au surplus la constitution de dot en question est une convention matrimoniale ; elle est immuable et ne peut être modifiée après la célébration du mariage ; il était donc juste et juridique de condamner l'officier au paiement de la dot promise.

Plaçons-nous maintenant en présence d'une clause semblable à la précédente et supposons que le titulaire ait exécuté sa promesse en se démettant en faveur de son gendre ou en payant à sa fille la dot représentative de la valeur d'un office à acheter.

La situation respective de l'épouse dotale et de

son mari sera différente suivant qu'on admettra en notre matière le droit de la personnalité ou qu'on acceptera notre théorie, conforme à celle de la jurisprudence, sur la nature juridique de l'office.

Si l'on suit logiquement la conception du droit de la personnalité, on dira que la valeur vénale de l'office, malgré que l'acquisition ait eu lieu grâce aux deniers de la femme appartiendra au mari. L'épouse aura seulement une créance en restitution de la somme dotale qu'elle aura prêtée; cette créance sera garantie par l'inaliénabilité de la dot mobilière entendue, avec la jurisprudence, en ce sens que la femme ne pourra renoncer à son hypothèque légale assurant la restitution de la somme dotale aliénée. Le successeur du mari devra surveiller le remploi de cette somme.

Mais, dans notre manière de voir, les choses se présentent sous un aspect différent. La valeur vénale de l'office, dans notre espèce, est la propriété de la femme. Le mari n'en a que l'usufruit. Il s'agit alors de combiner cette solution avec le droit de démission et de présentation de l'officier.

La fonction est personnelle. La démission est également personnelle en ce sens que le mari ne peut être ni contraint ni empêché de la donner par l'épouse, propriétaire de la valeur vénale. Mais si le mari démissionne et use de sa faculté de présentation, c'est la femme qui touchera du successeur le prix de cession, non pas, nous le répétons, à titre de créancière, mais bien à titre de propriétaire.

CONCLUSION

Toutes les questions relatives au sort de l'office ministériel sous les divers régimes matrimoniaux reçoivent une solution claire, juridique et équitable, grâce à la distinction nette de la fonction et de la valeur vénale de la charge.

Si l'on envisage les rapports de l'officier ministériel avec l'Etat il n'est pas douteux que la fonction publique, essentiellement personnelle, est placée en dehors du commerce. Mais si l'on considère les rapports des officiers avec leurs ayants cause, il faut dire que ceux là possèdent sur leurs charges le droit de disposition qui constitue l'attribut essentiel de la propriété. Ce droit peut disparaître par la destitution et se trouve limité par l'intervention et le contrôle du gouvernement. Mais aucun droit, pas même celui de propriété, n'est illimité et absolu.

Les limitations au droit de propriété de l'officier sur la valeur économique de sa charge résultent du rôle nécessaire que doit jouer la puissance publique en vue de la réglementation de la profession et de la satisfaction des intérêts généraux.

La loi ne distingue que deux sortes de biens : les meubles et les immeubles. Tout ce qui n'est pas immeuble est meuble. Les offices ministériels, envisagés sous leur aspect cessible sont des propriétés incorporelles qui, comme telles, constituent des meubles. Le droit de présentation dont est investi le titulaire d'un office figure parmi les valeurs patrimoniales avec le caractère d'une véritable propriété mobilière.

Cela étant, le sort de la valeur vénale d'un office sous les divers régimes matrimoniaux se déduit assez facilement.

Le prix de cession tombe en communauté. Si un officier se marie sans contrat, l'office entre dans le patrimoine commun pour sa valeur et appartient pour moitié à la femme (art. 1401, 1^o, Code civil) ; cette conséquence se produit aussi bien dans le cas où le mari est pourvu d'une charge avant la célébration du mariage que dans celui où sa nomination intervient au cours du mariage : l'actif commun, en effet, se compose du mobilier présent et futur des époux.

Si l'officier a fait un contrat de mariage portant stipulation de propre relativement à tout ce qui doit advenir aux époux par donation, succession ou autrement, la jurisprudence estime qu'une telle clause générale ne s'applique pas à l'hypothèse de la collation gratuite d'un office.

Le droit de retenue, reconnu par la jurisprudence au mari survivant vient corriger ce que les solutions précédentes pourraient avoir d'excessif. Si la communauté se dissout par la mort de la femme, les héritiers de celle-ci ne peuvent pas contraindre le mari à démissionner afin que l'office soit vendu et le prix distribué aux intéressés. Le mari a le droit de retenir la charge, sauf récompense à la communauté. S'il garde le silence, son attitude doit être interprétée en ce sens qu'il a l'intention de laisser l'office à la communauté ; nous avons accepté sur ce point la solution de la Cour de cassation.

Si le mari exerce le droit de retenue, l'office lui devient propre sans aucune rétroactivité ; c'est donc à la dissolution de la communauté qu'il convient de se placer pour calculer la récompense, dans le cas où la charge a augmenté de valeur entre son acquisition et cette dissolution.

Fréquemment l'officier fait insérer dans le contrat de mariage une clause excluant expressément la charge de la communauté. L'office lui est alors indubitablement propre. Et il en est de même, selon la Cour de cassation, que nous avons approuvée, de la plus-value.

D'ailleurs, la valeur de l'office étant un bien mobilier comme un autre, rien ne s'oppose à ce qu'elle puisse appartenir en propre à la femme. L'hypothèse est très pratique.

Sous le régime de communauté comme sous le régime dotal, la dot de l'épouse peut être affectée à l'acquisition d'un office par le mari. La femme n'est pas alors une simple prêteuse, créancière de restitution, mais la propriétaire de la valeur de l'office. La fonction est absolument personnelle au mari ; mais le droit de propriété sur la valeur économique de la charge figure dans le patrimoine de la femme. La distinction qui nous a servi de guide dans cette étude commande cette solution, parfaitement juridique et compatible avec la réglementation légale des offices ministériels.

La même solution s'impose, lorsqu'un père constitue en dot à sa fille une somme représentative de la valeur de l'office dont il est le titulaire et démissionne ensuite en faveur de son gendre. De même enfin, sous le régime de la séparation de biens, la femme qui aura fourni la somme nécessaire à l'acquisition de l'office, sera propriétaire de la valeur de celui-ci.

Telle est la théorie qui se dégage de la jurisprudence et dont nous avons nous-mêmes cherché à établir le bien-fondé.

Aucune raison, si spécieuse qu'elle soit, ne nous a paru justifier une aventureuse application à la matière de la conception des droits de la personnalité. Ce qui est personnel, c'est la fonction ; mais la réalisation économique de l'office, qui se produit

lors de l'exercice du droit de présentation, est une chose toute différente de la fonction ; la valeur vénale d'une charge n'est pas plus une émanation de la personne de son titulaire que la valeur d'un fonds de commerce n'est une émanation de la personne du commerçant. Les définitions et les classifications ordinaires suffisent à préciser juridiquement et à assurer équitablement les rapports pécuniaires entre époux au sujet de l'office ministériel.

Le Doyen de la Faculté
F. LARNAUDE

Le président de la thèse,
PIÉDELIEVRE

Vu et permis d'imprimer,
le Recteur de l'Académie de Paris
P. APPELL

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE PREMIER. — Nature juridique de l'office ministériel.....	9
<i>Section I.</i> — Systèmes considérant comme absolument personnel le droit de l'officier sur la valeur vénale de la charge.....	13
<i>Section II.</i> — Le droit de l'officier sur la valeur vénale de sa charge est un droit de propriété mobilière.....	32
CHAPITRE II. — L'office ministériel sous le régime de la communauté.....	46
<i>Section I.</i> — L'office en l'absence d'une clause d'exclusion.....	48
§ 1. — La valeur de l'office tombe en communauté.....	49
§ 2. — Le droit de retenue du mari.....	61
<i>Section II.</i> — Effets d'une clause du contrat de mariage excluant l'office de la communauté.....	66
CHAPITRE III. — L'office sous les régimes autres que celui de la communauté.....	74
CONCLUSION.....	83

